

**TRIBUNAL ARBITRAL**

**TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA**

**vs.**

**TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.**

**LAUDO ARBITRAL**

**Bogotá D.C., agosto veintitrés (23) de dos mil once (2011)**

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para la debida instrucción del trámite arbitral, y en la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre **TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA** y **TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.**

## CAPITULO I – ANTECEDENTES

### A. Solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral

1. Mediante escrito presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 10 de febrero de 2010, **TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA**, en adelante TELCELL o LA CONVOCANTE, solicitó la convocatoria de un Tribunal Arbitral para que resolviera, a través de un proceso arbitral, las pretensiones contenidas en la demanda formulada contra **TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.**, en adelante TELEFONICA o LA CONVOCADA.
2. El 7 de abril de 2010 la apoderada de LA CONVOCANTE presentó escrito de sustitución de la demanda y los anexos correspondientes.

### B. Los pactos arbitrales

3. En el presente caso, los pactos arbitrales, en su modalidad de cláusulas compromisorias, se encuentran contenidos, de un lado, en la cláusula 13.2 del contrato C-0222-05 suscrito el 29 de abril de 2005 y, de otra parte, en la cláusula 13.3 del contrato C-0761-06 suscrito el 26 de diciembre de 2006, cláusulas de idéntico sentido y cuyo tenor es el siguiente:

“Cláusula Compromisoria: Toda diferencia que surja entre Telefónica Móviles y el Agente en la interpretación del presente contrato, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, estará integrado por tres (3) árbitros

abogados en Colombia, decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de éste, según dispongan las normas vigentes.”

## **C. Etapas Iniciales**

### **➤ *Nombramiento de árbitros***

4. Las partes, de común acuerdo, designaron como árbitros principales a los doctores NICOLAS GAMBOA MORALES, HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO y RICARDO VANEGAS BELTRAN. Comunicada la designación, los señores árbitros oportunamente la aceptaron.<sup>1</sup>

### **➤ *Instalación del Tribunal y admisión de la demanda***

5. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fijó como fecha para celebrar la audiencia de instalación del Tribunal el día 7 de abril de 2010.
6. En la fecha señalada, se inició la audiencia de instalación a la cual asistieron los árbitros y los apoderados de las partes. En dicha audiencia el Tribunal nombró como presidente del mismo al doctor RICARDO VANEGAS BELTRÁN, y como secretaria a la doctora ALEJANDRA VÁSQUEZ VELANDIA. En esa misma audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se admitió la demanda presentada por LA CONVOCANTE y se ordenó notificar personalmente el auto admisorio de la demanda. Contra la providencia la parte convocante interpuso recurso de reposición, recurso que fue resuelto en esa misma audiencia confirmando en su integridad el auto recurrido.

---

<sup>1</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 62 a 67.

➤ ***Notificación del auto admisorio de la demanda y su traslado***

7. El 15 de abril de 2010, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda al apoderado especial de TELEFONICA y en ese mismo acto se le hizo entrega de copia de la demanda y sus anexos.

➤ ***Contestación de la demanda. Excepciones***

8. Mediante escrito presentado por el apoderado de LA CONVOCADA el día 29 de abril de 2010, se contestó la demanda y se interpusieron las excepciones de mérito de las cuales se corrió el traslado mediante su fijación en lista.
9. Dentro del término legal, la apoderada de LA CONVOCADA describió el mencionado traslado y solicitó pruebas adicionales.

➤ ***Audiencia de conciliación***

10. El día 26 de mayo de 2010 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 141 del decreto 1818 de 1998. La misma culminó con el auto mediante el cual el Tribunal declaró fracasada la citada audiencia.

➤ ***Fijación y consignación de honorarios***

11. Dentro de la audiencia llevada a cabo el 26 de mayo de 2010 el Tribunal procedió a fijar los gastos y honorarios del Tribunal.
12. Dentro del término legal cada una de las partes consignó lo que le correspondía por concepto de gastos y honorarios del Tribunal.

## **D. Trámite Arbitral**

### **➤ *Las partes y su representación***

13. Las partes tienen existencia jurídica, acreditada mediante los respectivos certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá,<sup>2</sup> y están representadas y han comparecido al presente proceso así:

a. **Parte convocante:**

La parte convocante es TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA, constituida por acta No. 0000001 del 15 de enero de 2005, otorgada en la Asamblea Constitutiva, inscrita en la Cámara de Comercio de Neiva el 14 de febrero de 2005, representada legalmente por su director ejecutivo, Javier Murgueitio Cortés.

b. **Parte convocada:**

La parte convocada es TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. sociedad constituida mediante escritura pública No. 3359 del 23 de octubre de 1997 otorgada en la Notaría 35 de Bogotá. Se encuentra representada legalmente por su Presidente, Ricardo Pontón Ariel.

### **➤ *Demanda***

---

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 7 a 19.

14. En el escrito contentivo de la demanda la apoderada de LA CONVOCANTE precisó los hechos en que se fundan sus pretensiones, los cuales se resumen a continuación
- a. TELCELL y TELEFONICA ejecutaron una relación de agencia comercial que estuvo documentada por dos contratos:
  - b. El No. C-222-05, suscrito el 29 de abril de 2005, con vigencia desde el 1º de abril de 2005 (Cláusula Novena); y
  - c. El No. C-0761-06, suscrito el 26 de diciembre de 2006, con vigencia desde el 1º de octubre de 2006 (Cláusula Novena).
  - d. La relación de agencia comercial se ejecutó entre las partes sin solución de continuidad, desde el 1º de abril de 2005 hasta el 19 de febrero de 2009.
  - e. La prestación retributiva del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio se causó a favor de TELCELL a la fecha de terminación del contrato, esto es el 19 de febrero de 2009. Igualmente pone de presente que, la base para la liquidación de la prestación a favor de TELCELL y a cargo de TELEFONICA, del mencionado artículo, debe incluir todas las comisiones regalías o utilidades que haya recibido o debido de recibir TELCELL a lo largo de la relación contractual.
  - f. Adicionalmente, la liquidación final de lo que TELEFONICA deba a TELCELL por concepto de la mencionada prestación, debe hacerse con corte de cuentas a febrero 19 de 2009, fecha de terminación de la relación contractual.

- g. Las partes pactaron expresamente en el contrato C-0761-06, vigente al momento de terminación de la relación contractual, en la Cláusula Quinta, 5.1, lo siguiente:

“Parágrafo Segundo: No obstante que las partes entienden que la prestación a que se refiere la presente cláusula debe ser satisfecha luego de terminado el contrato suscrito, obrando de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, las partes han acordado que dicha obligación será atendida por Telefonía Móviles, efectuando su pago anticipado, en formas mensual. Este pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de esta prestación especial, después de haber sido cuantificada en los términos previstos, resulte ser igualo mayor a la sumatoria de los pagos anticipados efectuados.”

- h. El contrato C-0761-06, suscrito el 26 de diciembre de 2006, con vigencia desde el 1º de octubre de 2006, de acuerdo con la clausula Novena, se encontraba renovado hasta el 30 de septiembre de 2010.
- i. Los contratos suscritos entre las partes son documentos pro forma predispuestos por TELEFONICA, los cuales utiliza para documentar las relaciones jurídicas con todos sus agentes comerciales.
- j. Los contratos suscritos por las partes contenían *cláusula de exclusividad* del agente a favor de TELEFONICA (Cláusula Segunda, numeral 2.9 del primer contrato y Cláusula Segunda, numeral 2.5 en el segundo contrato) y que tal exclusividad de TELCELL se extendía hasta los dos (2) años siguientes a la terminación del contrato (Cláusula Novena, numeral 10.4, literal d, segundo contrato C-0761-06).

- k. Por lo anterior, el desarrollo del objeto social de TELCELL quedó circunscrito y limitado a la relación de agencia comercial con TELEFONICA.
- l. Los contratos suscritos eran *intuitu personae* y, por tanto, la cesión del mismo o la venta de la operación, estaba seriamente restringida a favor de TELEFONICA.
- m. Las circunstancias de dependencia contractual imponían que TELCELL no pudiera sustraerse a la aceptación de los cambios de condiciones del contrato impuestos por TELEFONICA, so pena de perder las inversiones que efectuó para poner en marcha su operación como agente comercial de TELEFONICA.
- n. TELEFONICA introdujo dentro del contrato *cláusulas abusivas*, con facultades y prerrogativas que configuran abuso en la relación contractual.
- o. TELEFONICA incurrió en abuso contractual, al ejecutar conductas que propiciaron un insuperable desequilibrio económico-contractual en grave perjuicio de TELCELL.
- p. Verbalmente y mediante diversas comunicaciones, TELCELL le expresó a TELEFONICA que su *política de fraudes* y de rebaja constante de las comisiones hacían inviable la operación comercial de TELCELL sin que ello fuera atendido.
- q. TELEFONICA abusó de su prerrogativa contractual de definir la *política de fraudes*, al hacerlo sin consideración al legítimo interés que como agente tenía TELCELL de percibir utilidades por sus servicios.
- r. Igualmente TELEFONICA abusó de su prerrogativa contractual de definir la *política de pago de comisiones*, al hacerlo sin consideración al legítimo interés que como agente tenía TELCELL de percibir utilidades por sus servicios.



- s. El análisis comparativo de la tabla del anexo de remuneración prevista en el contrato No. C-0222-05 con la *guía de comisiones y bonos* predispuesta por TELEFONICA para aplicar a partir del mes de enero de 2009, permite precisar que la *política de comisiones* aplicada por TELEFONICA, disminuyó en aproximadamente un 50% en prepago y en un 37% en pospago.
- t. Las partes pactaron que durante la relación contractual y con efectos de *mutuo finiquito*, efectuarían la liquidación de sus prestaciones recíprocas (Cláusula 4.9 y 4.8 de los contratos C-0222-05 y C-0761-06).
- u. La última liquidación de prestaciones con efecto de *mutuo finiquito* se hizo entre las partes mediante la suscripción del documento denominado *Acta De Terminación y Liquidación del Contrato No. C-0222-05* suscrita el 26 de diciembre de 2006, con corte de cuentas a treinta (30) de septiembre de 2006.
- v. Con posterioridad a esta fecha y hasta la terminación del Contrato C-0761-06, TELEFONICA descontó a TELCELL por concepto de fraudes la suma de \$518.954.925.
- w. El marco dentro del cual TELEFONICA podía implementar y aplicar su política de descuentos a la remuneración del agente por *fraudes* o *penalizaciones*, estaba contractualmente determinado, desde el 1º de octubre de 2006, por la Cláusula Cuarta, numeral 4.3 del Contrato C-0761-06 y el anexo del contrato denominado *Anexo No. 6-Política de Fraude*.
- x. TELEFONICA, a partir del 1º de octubre de 2006, no justificó la ocurrencia de los precisos supuestos de hecho pactados contractualmente para efectuar descuentos por *fraudes* o *penalizaciones*.

- y. TELCELL no tuvo los elementos de juicio suficientes que le permitieran contradecir los descuentos que por fraudes o penalizaciones le hizo TELEFONICA.
- z. Los descuentos realizados por TELEFONICA a TELCELL, a partir del 1º de octubre de 2006 hasta la fecha no han sido objeto de finiquito o conciliación de cuentas por las partes.
- aa. TELEFONICA, en el mes de enero de 2009, presentó un nuevo plan de comisiones o un nuevo *Anexo Financiero* el cual no fue aceptado por TELCELL.
- bb. TELCELL quedó imposibilitada financiera y económicamente para seguir desempeñándose como agente comercial de TELEFONICA so pena de trabajar a pérdida.
- cc. En vista de todo lo anterior, mediante comunicación de febrero 19 de 2009, copia de la cual se anexó a la solicitud de convocatoria del Tribunal, TELCELL dio por terminada unilateralmente la relación contractual de agencia comercial, por justa causa imputable a TELEFONICA, comunicación que fue respondida por ésta mediante carta de febrero 24 de 2009.
- dd. TELEFONICA, en el contrato C-0761-06, en la Cláusula Décima, Terminación del Contrato, numeral 10.3, inciso segundo, de los mismos, dispuso que:

“En el evento en que “Telefónica Móviles” diere por terminado unilateralmente este contrato por las causales señaladas en los literales a) y b) del numeral 1º artículo 1.325 del Código de Comercio (incluyendo los eventos previstos en los literales a. a p., ambos inclusive, del numeral 10.2 anterior), el Agente deberá pagarle a título de pena, una suma de dinero equivalente a

mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.000 SMLM), sin que en todo caso el monto de la pena exceda los valores pagados al Agente como remuneración hasta la fecha de terminación del contrato, suma que será exigible a partir del día de la terminación unilateral de este contrato, sin necesidad de requerimiento alguno. Las partes convienen, de manera expresa, que la pena acá contemplada no exime al Agente del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ni del pago de los perjuicios que Telefónica Móviles hubiere sufrido como consecuencia de los incumplimientos del Agente. Telefónica Móviles queda autorizada para deducir de los pagos pendientes al Agente, las sumas necesarias para el pago de las penas. Para el pago de éstas, Telefónica Móviles también podrá hacer efectiva las pólizas pactadas en el contrato.”

- ee. A su juicio, la anterior cláusula, por efecto del equilibrio contractual y de la especial hermenéutica del presente contrato, es aplicable a TELEFONICA.

15. LA CONVOCANTE formuló las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES

1.- DECLARATIVAS

1.1. RELACIONADAS CON LA CESANTIA COMERCIAL

PRIMERA: Que se declare que TELEFONICA no ha cancelado en forma completa y oportuna la prestación del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio o cesantía comercial, causada a favor de su agente comercial TELCELL a la terminación de la relación contractual.

SEGUNDA: Que se declare que para la liquidación de la prestación retributiva a que se refiere la anterior pretensión, deben

incluirse en la base de liquidación de la misma, las sumas de dinero indebidamente descontadas por TELEFONICA por concepto de fraudes o penalizaciones, conforme aparezca probado en el presente proceso.

TERCERA: Que se declare que para la liquidación de la prestación retributiva a que se refiere la pretensión PRIMERA, deben incluirse en la base de liquidación de la misma las utilidades o sumas de dinero recibidas por el agente TELCELL por concepto de comisiones causadas y dejadas de pagar a la terminación de la relación contractual, conforme aparezca probado en el presente proceso.

CUARTA: Que se declare que para la liquidación de la prestación retributiva a que se refiere la pretensión PRIMERA, deben incluirse en la base de liquidación de la misma las sumas de dinero por concepto de las comisiones que TELEFONICA hubiera pagado a TELCELL por estar el contrato renovado hasta el 1º de octubre de 2010, conforme lo previsto contractualmente por las partes.

## 1.2. RELACIONADAS CON EL ABUSO CONTRACTUAL

PRIMERA: Que se declare que los dos contratos suscritos por las partes, para documentar la agencia comercial que ejecutaron, con vigencia desde el 1º de abril de 2005, y 1º de octubre de 2006, respectivamente, fueron contratos por adhesión, predispuestos por TELEFONICA.

SEGUNDA: Que se declare que en virtud de la cláusula de exclusividad prevista a favor de TELEFONICA dentro de los contratos suscritos, TELEFONICA era la única empresa operadora de telefonía móvil celular a la cual TELCELL podía prestar sus

servicios como agente, para las actividades de promoción del servicio de telefonía móvil celular y productos accesorios.

TERCERA: Que como consecuencia de las declaraciones a que se refieren las pretensiones QUINTA y SEXTA anteriores, se declare que TELEFONICA ostentaba una posición dominante contractual frente a TELCELL.

CUARTA: Que por ABUSIVAS, se declare, según sea el caso, la nulidad absoluta, la invalidez o la ineficacia, de las cláusulas que se indican a continuación, que forman parte del contrato C-0761-06 suscrito el 26 de diciembre de 2006:

a) Cláusula Tercera. Obligaciones generales del agente.-, numeral 3.4 en la parte que dice: ‘El Agente declara que conoce y acepta que las políticas sobre procedimientos operativos y de prevención de fraude son del exclusivo resorte y libre adopción de Telefónica Móviles y renuncia a cualquier reclamación por modificaciones adoptadas dentro de tales límites’.

b) Cláusula Cuarta. Remuneración, numeral 4.4, inciso 2º, en la parte que dice: ‘Este (el agente) dispondrá de cinco (5) días hábiles para entregar en las oficinas de Telefónica Móviles un escrito detallado con las objeciones que estime pertinentes a la liquidación de Telefónica Móviles, vencidos los cuales, si no se presentan, se entenderá que la acepta como correcta y que por consiguiente, renuncia a cualquier revisión o reclamación posterior sobre ella. El Agente no podrá facturar a Telefónica Móviles sino una vez que esta haya efectuado la liquidación correspondiente.’

c) Cláusula Cuarta. Remuneración, numeral 4.7, en la parte que dice: ‘El Agente, en caso de no estar de acuerdo con la modificación propuesta por Telefónica Móviles, podrá terminar el pre-

sente contrato sin que por ese hecho se cause indemnización alguna.’

d) Cláusula Décima. Terminación del contrato.-, numeral 10.1 Por iniciativa del Agente en la parte que dice: ‘y que no sea remediada en un lapso máximo de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que el Agente hubiere requerido por escrito, el cumplimiento de la obligación de que se trate.’

e) Cláusula Décima. Terminación del contrato.- numeral 10.3, que se refiere a la terminación del contrato por iniciativa de Telefónica Móviles, en la parte que dice: ‘...En este caso, el contrato terminará en la fecha indicada por Telefónica Móviles y en todo caso, no antes de dos (2) días después de la fecha de recepción de la citada comunicación.’

QUINTA: Que se declare que TELEFONICA abusó de su facultad contractual de modificar las comisiones, sin consultar los intereses de TELCELL, en grave perjuicio de esta.

SEXTA: Que se declare que TELEFONICA abusó de su facultad contractual, al diseñar y aplicar la política de FRAUDES y penalizaciones, sin consultar los intereses de TELCELL, en grave perjuicio de ésta.

SÉPTIMA: Que se declare, en aplicación de los artículos 95 y 333 de la Constitución Política; 15, 16 y 1603 del Código Civil; 830 y 871 del Código de Comercio, que TELEFONICA incurrió en abuso de posición dominante contractual, tanto en la predisposición y suscripción de los contratos determinados en el hecho 1 de la presente demanda, como en la ejecución de los mismos.

### 1.3. RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y LA JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO

PRIMERA: Que se declare que TELEFONICA incurrió en incumplimiento tanto de sus obligaciones contractuales, como de sus obligaciones legales, por haber ejecutado acciones y haber incurrido en omisiones que violaron lo pactado contractualmente y que afectaron gravemente los intereses económicos de TELCELL, especialmente en relación con los siguientes aspectos:

- a) Por incumplir lo previsto en el contrato C-0761-06, Anexo de Política de Fraude, inciso segundo, suscrito el 26 de diciembre de 2006.
- b) Por haber realizado descuentos por penalizaciones y fraudes con cargo a la remuneración del agente, durante la ejecución del contrato C-0761-06 suscrito el 26 de diciembre de 2006, con vigencia desde el 1º de octubre de 2006, por fuera de las previsiones contractuales para el efecto, de conformidad con el régimen contractual de descuentos previsto en la CLAUSULA 4.3 y en el ANEXO No. 6 DE FRAUDES.
- c) Por haber incluido cláusulas abusivas en el contrato C-0761-06 suscrito el 26 de diciembre de 2006.
- d) Por haber incurrido en conductas abusivas al extralimitarse, en grave perjuicio de TELCELL, de sus prerrogativas contractuales en materia de modificaciones a las comisiones.
- e) Por no haber pagado en forma completa y oportuna las comisiones y bonificaciones causadas a favor de TELCELL al des-

contar de las mismas sumas por concepto de fraudes y penalizaciones sin los soportes debidos.

f) Por haber incurrido en conductas abusivas al extralimitarse, en grave perjuicio de TELCELL, de sus prerrogativas contractuales en materia de políticas de descuentos a las comisiones por FRAUDES o penalizaciones.

g) Por haber roto el equilibrio contractual en grave perjuicio de TELCELL.

h) Por no haber pagado oportunamente a TELCELL las comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato.

i) Por no haber pagado a TELCELL oportunamente, a la terminación del contrato, la parte insoluta correspondiente a la prestación del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio o cesantía comercial.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la declaración de incumplimiento contractual por parte de TELEFONICA, se declare que TELCELL tuvo una JUSTA CAUSA imputable a TELEFONICA, para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial que ejecutaron las partes.

## 2.- DE CONDENA

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, solicito al tribunal que profiera las siguientes condenas:

PRIMERA: Que se condene a TELEFONICA a pagar a favor de la demandante TELCELL, teniendo en cuenta la totalidad de las comisiones o remuneración básica del agente, bonificaciones, regalías, o utilidades en general, recibidas o que ha debido



recibir de TELEFONICA durante toda la ejecución del contrato, la suma de dinero cuya cuantía se demuestre dentro del proceso, por concepto de la prestación establecida en el inciso 1° del Art. 1324 del Código del Comercio, por el período comprendido entre el 1° de abril de 2005, hasta el 19 de febrero de 2009, fecha de terminación del contrato, menos la sumas de dinero recibidas por concepto de anticipos a la cesantía comercial, durante la ejecución del contrato, conforme quede demostrado en el proceso.

SEGUNDA: Que se condene a TELEFONICA a pagar, a favor de TELCELL, la indemnización fijada en el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, como retribución a sus esfuerzos para acreditar los servicios, la marca y la línea de productos de la convocada, por la terminación del contrato por causa imputable a TELEFONICA, conforme quede demostrado en el proceso, teniendo en cuenta que las cifras que han de servir de base para determinar el monto de esta indemnización, deben ser traídas a valor presente a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo y atendiendo los principios de REPARACION INTEGRAL y EQUIDAD, con observancia de los criterios técnicos actuariales, todo ello consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

TERCERA: Que se condene a TELEFONICA al reembolso de la suma de QUINIENTOS DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO (\$518.954.925) PESOS MONEDA CORRIENTE, que cobró o descontó a TELCELL por concepto de FRAUDES, a partir del 1° de octubre de 2006, hasta la terminación del contrato o al reembolso de la suma que por este concepto aparezca demostrada dentro del proceso.

CUARTA: Que se condene a TELEFONICA a pagar a favor TELCELL, el valor que resulte probado en el proceso por concepto de las comisiones causadas y dejadas de pagar a la terminación del contrato.

QUINTA: Que se condene a TELEFONICA a pagar a favor de la demandante TELCELL los perjuicios MATERIALES que se le causaron a ésta por el hecho de la terminación anticipada del contrato de Agencia Comercial por JUSTA CAUSA imputable a TELEFONICA, perjuicios que se concretan en el DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE, que se especifican así:

A.- DAÑO EMERGENTE:

Por concepto del valor de la empresa, teniendo en cuenta que estaba en pleno funcionamiento y que por el hecho de la terminación del contrato por JUSTA CAUSA imputable a TELEFONICA, se le terminó su objeto social, conforme el valor que resulte probado en este proceso.

B.- LUCRO CESANTE

El valor de las remuneración dejada de recibir por TELCELL desde el 19 de febrero de 2009, fecha de la terminación del contrato, hasta el 1º de octubre de 2010, fecha hasta la cual se había renovado el contrato y bonificaciones, de conformidad con la CLAUSULA NOVENA del contrato C-0761-06 suscrito el 26 de diciembre de 2006, por concepto de comisiones, conforme aparezca probado en el proceso, según la proyección económica que habrá de calcularse teniendo en cuenta los volúmenes históricos de las ventas realizadas por TELCELL y el promedio de ingresos recibido tanto por comisiones como por bonificaciones.

SEXTA: Que se condene a TELEFONICA a pagar a TELCELL, a título de penalidad, la suma de 1000 SMML a la fecha de terminación del contrato, en los términos y de conformidad con el contrato C-0761-06, Cláusula Décima. Terminación del Contrato, numeral 10.3, inciso segundo.

SEPTIMA: Que sobre todas y cada una de las sumas de condena anteriores, se condene a TELEFONICA a pagar a favor de mi representada TELCELL, los intereses de mora a la tasa máxima mensual establecida por la ley comercial o a la tasa máxima causada conforme el tribunal considere, desde cuando la obligación se hizo exigible y hasta cuando se verifique el pago efectivo o desde la fecha que el tribunal de arbitramento considere procedente.

OCTAVA: Para el evento en que el Tribunal no considere procedente la condena en intereses de mora, subsidiariamente solicito que se condene a TELEFONICA a pagar a favor de mi representada TELCELL, las sumas correspondientes, debidamente indexadas o traídas a valor presente.

NOVENA: Que se condene a TELEFONICA, a pagar a favor de la demandante TELCELL, las costas y expensas, incluidas las agencias en derecho, de este proceso.”

➤ ***Contestación de la demanda***

16. En el escrito de contestación de la demanda el apoderado de TELEFONICA propuso como excepciones las que denominó:
  - a. *Inexistencia de los incumplimientos alegados.*

- b. *Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas.*
- c. *Terminación injustificada del contrato por parte de Telcell.*
- d. *Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la convocante.*
- e. *Inexistencia de abuso de posición dominante o de abuso contractual por parte de Telefónica.*
- f. *Compensación.*
- g. *Pago.*
- h. *Transacción.*
- i. *Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas. Inexistencia de derecho para reclamar. Unilateralismo lícito.*
- j. *Inexistencia de abuso contractual por parte de Telefónica.*
- k. *Desconocimiento de actos propios.*
- l. *Carencia de fundamento para solicitar declaraciones de invalidez o ineficacia de las cláusulas contractuales o anexos de los contratos.*
- m. *Petición antes de tiempo.*
- n. *Terminación del contrato No. C-0222-05.*
- o. *Caducidad de la posibilidad de objetar los descuentos. Renuncia válida a presentar reclamaciones sobre pagos de comisiones.*

- p. *Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas.*
- q. *Incumplimiento del deber de mitigar el daño o impedir la propagación de sus efectos.*
- r. *Prescripción de las acciones rescisorias relacionadas con la invalidez, ineficacia y/o nulidad de diversas cláusulas del contrato de agencia mercantil C-761-06.*

➤ ***Primera audiencia de trámite***

- 17. El día 27 de julio de 2010 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal reiteró su competencia para conocer el proceso. Las partes no interpusieron recurso contra la decisión, por lo cual se procedió a decretar las pruebas del proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998.

➤ ***Pruebas***

- 18. Dentro de la Primera Audiencia de Trámite el Tribunal decretó las pruebas del proceso, auto que fue adicionado mediante auto del 19 de agosto de 2010, pruebas que se practicaron salvo las que fueron desistidas por el peticionario.

➤ ***Alegaciones de las partes.***

- 19. En audiencia celebrada el 1 de junio de 2011, de conformidad con lo decidido por el Tribunal oportunamente, se dio cumplimiento al artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, oyéndose las alegaciones de las partes en intervenciones orales que fueron resumidas en escritos presentados en la misma audiencia y que obran en el expediente. En la misma audiencia se señaló fecha y hora para la audiencia de laudo.

➤ ***Término del proceso***

20. Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, diligencia que se realizó el 27 de julio de 2010. En tales circunstancias el término del proceso se vencería el 27 de enero de 2011. Sin embargo, las partes solicitaron, de común acuerdo, la suspensión del proceso en los siguientes periodos:

- a. Del 21 de septiembre de 2010 al 10 de noviembre de 2010: 51 días;
- b. Del 12 de noviembre de 2010 al 12 de enero de 2011: 62 días;
- c. Del 26 de febrero de 2011 al 28 de marzo de 2011: 31 días;
- d. Del 6 de mayo de 2011 al 31 de mayo de 2011: 26 días; y
- e. Del 8 de junio de 2011 al 22 de agosto de 2011: 84 días.

Para un total de días suspendidos de 254.

21. Por lo anterior, el término para proferir laudo se vencería el 27 de septiembre de 2011.

22. En estas condiciones, el presente laudo se profiere dentro del término legal.

## CAPITULO II – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

### A. Orientaciones centrales del presente laudo

23. Estima el Tribunal pertinente dejar sentadas unas precisiones acerca de la orientación y marco del laudo atinentes al objeto del proceso, jurisdicción y competencia que dimanen del pacto arbitral, que en la modalidad de cláusula compromisoria es la base de estas y también acerca del documento de cesión de derechos litigiosos presentada el 26 de mayo de 2011.

#### ➤ *Objeto del proceso*

24. Se parte del supuesto atinente a que no existe discrepancia acerca de que el contrato frente al cual se han presentado los motivos de disputa es el de agencia comercial, porque así lo expresan de consuno las partes.
25. En efecto, LA CONVOCANTE en el hecho primero de la demanda asevera que “**La agencia comercial** que ejecutaron TELLCELL y TELEFONICA estuvo documentada por dos contratos” y LA CONVOCADA al responderlo destaca que “Si bien las partes han mantenido una relación comercial desde el 29 de abril de 2005, lo cierto es que en ella se advierten **dos contratos de agencia comercial**, claramente diferenciables, independientes y autónomos”, manifestaciones a las que se aúna el hecho de que estudiados los documentos referentes a los contratos C-0222 y C-0761 es esa la clase de convención plasmada, de ahí que serán las normas reguladoras de la agencia comercial las que deba tener esencialmente en cuenta el Tribunal para decidir la controversia.

26. Teniendo en consideración, como se advierte en el aparte anterior, que se pretende derivar responsabilidades respecto de las relaciones jurídicas reguladas por los dos contratos de agencia mercantil mencionados y que parte del debate a decidir estriba en si debe ser analizada la relación a partir del que rigió desde el 1 de abril de 2005 hasta el 30 de septiembre de 2006 y que se sustituyó por el del 26 de diciembre de 2006, el Tribunal deja sentado que su labor decisoria se circunscribe exclusivamente a la relación comercial de agencia derivada del contrato C-0761 del 26 de diciembre de 2006 con inicio el 1 de octubre de dicho año, por lo que para nada considerará lo atinente al contrato C-0222 del 29 de abril de 2005, dado que todo lo atinente al mismo fue objeto de definición consensuada entre las partes, que incluye una transacción que hizo tránsito a cosa juzgada.
27. El motivo está en que obra dentro del expediente el documento intitulado “*ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION DEL CONTRATO No. C-0222-05*”, respecto del cual no existe censura alguna de las partes acerca de sus alcances y validez, ni tampoco la tiene el Tribunal, en el que se destacan, entre otros, los siguientes acuerdos concernientes al citado contrato:
- a. *“Que las partes declaran y reconocen mutuamente que las obligaciones y compromisos pactados se han cumplido de manera regular y oportuna por las partes.”*
  - b. *“....que las partes de común acuerdo han celebrado un nuevo contrato de agencia comercial, cuya vigencia empieza a regir a partir del primero (1º) de octubre de 2006, por lo que en consecuencia convienen en terminar y liquidar por mutuo acuerdo a partir del treinta (30) de septiembre de 2006, el contrato de Agencia Mercantil No. C-0222-05, sus modificaciones y anexos y las relaciones jurídicas entre las partes.*
  - c. *“Que la transacción y declaración de paz y salvo de que tratan los numerales anteriores, tienen los efectos de mutuo finiquito.”*



28. Considerando que, tal como se expresó en el referido documento y corresponde con la realidad jurídica, el acto plasmado en el mismo no es nada diverso a un contrato de transacción que tuvo como objeto finiquitar, con efectos de cosa juzgada, relaciones jurídicas y, como consecuencia, precaver futuros litigios respecto de los aspectos transigidos, no es posible revivir disputas decididas y menos bajo la posibilidad de aplicar retroactivamente el pacto arbitral de contrato posterior, como lo es el convenio C- 0761 del 26 de diciembre de 2006 que habilita al Tribunal para decidir exclusivamente las controversias surgidas con ocasión de su desarrollo y a partir de su vigencia que fue el 1º de octubre de 2006.
29. Por este motivo el Tribunal no comparte la opinión de LA CONVOCANTE en el sentido de que *“obra UNA SOLA ACTA la cual no se desconoce y la que habrá de valorarse en el contexto legal y probatorio que corresponde. Desde ya afirmamos que dicha acta no contiene una TRANSACCION sino un finiquito o arreglo de cuentas entre las partes, con corte a septiembre 30 de 2006.”*<sup>3</sup>
30. Si a lo anterior se agrega que el representante legal de LA CONVOCANTE expresamente acepta la terminación del primer contrato y admite que por cuenta del mismo nada está reclamando en el presente proceso, no queda duda alguna con relación al punto de la imposibilidad de entrar a tomar decisiones respecto del contrato del año 2005.
31. Así se expresó el señor Murgueitio:

“(…) aclaro que el contrato de 2005 venía diferente al actual de 2006, porque en el 2005 terminó con finiquito... Yo si firme un acta de liquidación de 2005 que llamamos finiquito, en este momento nosotros no estamos trabajando en el tema de 2005, se hizo un acuerdo mutuo en donde firmamos las dos partes, **en lo**

**que nos concierne hoy es el contrato de 2006, en ningún momento nosotros estamos solicitando el tema de 2005 (....)**

DR. LOPEZ: Pero entonces para que quede esta punto claro, con relación al primer contrato, el C-222/05 Telcell no está reclamando nada en este proceso?

SR. MURGUEITIO: No, que nos vemos perjudicados es que nos juntaron los valores de un contrato y otro y no en cuentas separadas y como hubo descuentos el flujo de caja fue menor.

DR. LOPEZ: Pero se pagó todo con relación a este contrato?

SR. MURGUEITIO: Sí, fue buen negocio.”<sup>4</sup> (Resalta el Tribunal).

32. En este orden de ideas recuerda el Tribunal que la transacción está definida en el artículo 2469 del C.C. como “*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*”, y el artículo 2483 *ibidem* establece que la transacción “*produce el efecto de cosa juzgada en última instancia....*”.
33. De la definición que trae el artículo 2469 se puede concluir que la transacción es un mecanismo de auto composición de conflictos, mediante el cual las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, y sin necesidad de acudir a los jueces o a otros mecanismos alternativos de solución de controversias, auto regulan los términos y condiciones en los cuales están dispuestas a resolver un conflicto actual, o precaven un litigio eventual, con el fin de que dichas controversias, una vez transigidas, queden definitivamente resueltas y no puedan ser reclamadas en el futuro.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Interrogatorio de parte del representante legal de TELCELL – Folios 23 – 29 y 41.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Diciembre 14, 1954:

34. De esta suerte, las concesiones recíprocas suponen que ambas partes renuncien a algo a lo que creen tener derecho, pero sin que se exija igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones objeto de la transacción. En efecto, es a las partes a quienes corresponde determinar, como normalmente sucede en todo contrato, la equivalencia que en su opinión tienen sus derechos y obligaciones.<sup>6</sup>
35. De otra parte, no escapa al análisis del Tribunal que en el estudiado contrato de transacción de 26 de diciembre de 2006, las partes dejaron la expresa constancia acerca de que “*declaran que quedan pendientes por liquidar las mutuas prestaciones causadas con posterioridad al treinta (30) de julio de 2006 y hasta la fecha efectiva de terminación del contrato, esto es a treinta (30) de septiembre de 2006, así como los bonos de permanencia que puedan causarse sobre las últimas actividades efectuadas a la referida fecha de terminación. En consecuencia, las partes se comprometen a efectuar la liquidación de las mutuas prestaciones causadas durante dicho período, previos los reconocimientos, deducciones y compensaciones a que haya lugar, y a efectuar el pago de la suma de dinero que llegare a resultar a cargo de cualquiera de ellas, no más tardar al treinta (30) de abril de dos mil siete (2007).*”
36. Por ser parte integrante del acuerdo transaccional lo atinente a las obligaciones de contenido económico causadas en los meses de agosto y septiembre de 2006, es también ajeno al poder decisorio del Tribunal cualquier pronunciamiento frente a

---

“La transacción tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes que haya juicio o durante el juicio. Celebrada de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue en el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin que hacer. Y se ha hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana que es altísimo bien”.

<sup>6</sup> En este mismo sentido el laudo de septiembre 14 de 2010 *Marketing Comunicaciones Pérez Navarro y Cia. S. en C. vs. Telefónica Móviles Colombia S.A.*

esos rubros que se originaron en el contrato C-0222 de 2005, de ahí que otras son las vías que corresponden para dar efectividad a las obligaciones allí plasmadas, caso de que alguna de las partes las haya incumplido.

37. Así las cosas se tiene que en lo concerniente con el contrato C-0222 prospera la excepción de transacción y, en consecuencia habrán de negarse todas las pretensiones declarativas y de condena relativas a este contrato.

➤ ***La cesión de derechos litigiosos***

38. Con relación al documento de cesión parcial de derechos litigiosos que hace LA CONVOCANTE al señor Edison Cantillo Alvarez, respecto de la cual el apoderado de LA CONVOCADA se opone por estimar que se hace en desmedro de su poderdante y, en general, de terceros acreedores de TELCELL, el Tribunal se abstiene de emitir cualquier pronunciamiento respecto de ella debido a que la condición plasmada en la cláusula cuarta del documento de cesión determina que no exista la posibilidad advertida.

39. En efecto, se indica en ella:

“CUARTA. AUTORIZACION. LA CESIONARIA queda autorizada para solicitar que las declaraciones del Tribunal de Arbitramento relativas a esta cesión sean a su nombre hasta el monto de la presente cesión, razón por la cual LA CEDENTE u LA CESIONARIA informarán al Tribunal sobre la existencia de la presente cesión, **y la primera solicitará además, por intermedio de su apoderada judicial, que se tenga a la CESIONARIA como interesada en el proceso arbitral, como titular de los derechos cedidos y, por tanto, como beneficiaria de las condenas hasta el monto cedido, que surjan de la declaración de la prosperidad de las pretensiones de la demanda original. Tal escrito deberá presentarse antes de la fecha**

**que el Tribunal estableciere para proferir el correspondiente laudo arbitral.” (Resalta el Tribunal).**

40. En el caso presente, se informó de la cesión, pero no se presentó el memorial adicional al cual se condicionaba el pronunciamiento del Tribunal en este proceso.
41. Como se podía hacer hasta el 21 de junio de 2011 fecha del auto de fijación de la audiencia para expedir el laudo y así no ocurrió, no existirá pronunciamiento alguno respecto de la cesión y de sus alcances.

**B. Posición dominante. Cláusulas abusivas. Ejercicio abusivo de estipulaciones contractuales**

42. Establecido lo anterior, el Tribunal acomete el estudio de las pretensiones declarativas agrupadas bajo la § 1.2 denominada “*Relacionadas con el abuso contractual*”, a cuyo efecto consigna lo que sigue.

➤ ***Contratos por adhesión***

43. TELCELL ciertamente reconoce la plena validez de los *contratos por adhesión*, pero señala que pueden llegar a ser instrumentos de abuso en detrimento del adherente.
44. Así, entonces, recordando, que los *contratos por adhesión* son jurídicamente eficaces, cabe reiterar que, *per se*, tales instrumentos **no traen consigo** evaluación preferencial en favor del adherente, como se desprende de lo consignado, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y en la autorizada opinión que se transcriben a continuación:

“Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurran en su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se

limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo.... Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente.”<sup>7</sup>

“.... inspiradas en la equidad, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que estos contratos [por adhesión] deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto; **es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos**, pero no cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se tornan **intangibles para el Juez**. Pueden aparecer ante éste exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones; sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles efectos propios.”<sup>8</sup> (Resalta el Tribunal).

“¿Será cierto que, como lo sostienen algunos, el contrato de libre discusión se distingue del que se celebra por adhesión en que este debe interpretarse a favor del adherente, a quien hay que proteger de los abusos del otro como a parte débil que ha aceptado estipulaciones indiscutibles?

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de 15 de diciembre de 1970.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de 29 de agosto de 1980.

Esta solución, inspirada en la equidad, no tiene sin embargo asidero legal en nuestro régimen civil, porque no se trata de interpretar ‘cláusulas ambiguas’, sino generalmente, muy claras, que excluyen sentidos diversos.

El art. 1624 del Código, único texto de esta obra que toca con la interpretación del contrato por adhesión, se limita a disponer que ‘las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.’

Mas en contraprestación con esta norma legal de hermenéutica, hay otras conforme a las cuales ‘conocida claramente la intención de las partes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’ (art. 1618 del Código y ‘[e]l sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno’ (art. 1620).

Con arreglo a estos principios, **las cláusulas no ambiguas no pueden interpretarse en beneficio de la parte adherente**, por desfavorables u odiosas que le resulten. Conclusión que refuerza el art. 31 del Código, que juzgo aplicable por igual a la interpretación de la ley y a la del contrato: ‘Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación’.

¿Cómo proteger entonces al que adhirió a la oferta sin discusión posible? (...)

Solo queda una medida de orden práctico para el que necesite celebrar contrato por adhesión: **enterarse bien del contenido del documento que va a suscribir**. Las estipulaciones viciadas de la nulidad absoluta o relativa carecen de importancia. Las

que impliquen usura, lesión o abuso podrán ser atacadas, o atemperadas en sus efectos, cuando disposiciones especiales de la ley lo permitan. **Las demás tienen que ser respetadas y cumplidas, sin que quepa interpretarlas a favor del adherente, en cuanto su sentido sea claro.**”<sup>9</sup> (Resalta el Tribunal).

45. Lo anterior, a su turno, cuenta con mayor entidad si se observa que la interacción TELCELL – TELEFONICA era a nivel de comerciantes, concededores del área materia de su relación y no a nivel de proveedor de bienes o servicios y usuarios o consumidores, que es donde se ha venido concentrando la protección normativa y jurisprudencial.
46. Corolario de lo anterior es que si bien el Contrato puede considerarse *por adhesión* y, por ende, es procedente atender –en el preciso marco de estar circunscrito el Tribunal al estudio y decisión respecto del contrato C–07661–06– la primera pretensión de la § 1.2 de las pretensiones declarativas, debe puntualizarse que dicha determinación, como tal, **no trae consigo consecuencias adversas para TELEFONICA**, habida cuenta de la viabilidad jurídica que tiene este tipo de convenciones.

➤ ***Cláusulas abusivas en general***

47. El tema de la mayor fortaleza del predisponente en un contrato *por adhesión* es, de suyo, nota característica de esta clase de acuerdos. Empero, ello no significa que la convención contenga, necesariamente, cláusulas abusivas, como que tal connotación únicamente puede deducirse del **análisis específico y puntual** de los textos acordados o, si se prefiere, aceptados voluntariamente por el adherente.
48. La Demanda busca estructurar una declaratoria de posición contractual dominante de Telefónica a partir de:

---

<sup>9</sup> Ricardo Uribe Holguín, *De las Obligaciones y del Contrato en General*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, páginas 182 y 183.



- a. La calificación *por adhesión* que cabe predicar del Contrato, característica que, se repite, no comporta correlativo reparo; y
  - b. La estipulación sobre exclusividad de TELCELL para con TELEFONICA en la prestación de los servicios pactados, excluyendo, por tanto, la posibilidad de rendir servicios similares a competidores de ésta, limitación válida y que tiene su razón de ser en los inconvenientes prácticos que se presentaría si un mismo agente pudiera serlo simultáneamente de distintos operadores de telefonía móvil.
49. Para el Tribunal el pacto de exclusividad de TELCELL no constituye factor negativo y, por el contrario, lo considera racional y jurídicamente aceptable. Por consiguiente, la segunda pretensión de la § 1.2 de las pretensiones declarativas tendría vocación de prosperidad, pero tal manifestación –al igual que la atrás referida– **no trae consigo consecuencias adversas para LA CONVOCADA.**
50. Por otra parte, y si bien puede derivarse de la connotación *por adhesión* que se predica del Contrato C-0761 y de la estipulación sobre exclusividad arriba comentada que TELEFONICA podía ostentar una posición contractual dominante, se sigue que ello **tampoco puede traer consecuencias adversas para TELEFONICA**, pues sería un contrasentido caracterizar **negativamente** una consecuencia cuando, como se ha visto en precedencia, los factores que conducen a ella carecen de tal virtualidad.
51. A ello debe agregarse que la tercera pretensión de la § 1.2 de las pretensiones declarativas está impropiaamente redactada, pues alude a que como **consecuencia** “*de las declaraciones a que se refieren las pretensiones QUINTA y SEXTA anteriores se declare....*”, cuando lo cierto es que tales pretensiones **quinta** y **sexta** anteriores no existen, sin que tampoco sea viable considerar que lo pedido hace referencia a las pretensiones **posteriores** marcadas como quinta y sexta.

52. Pero al margen de lo anterior, el Tribunal recuerda que, por supuesto, un asunto diferente es que un contrato *por adhesión* contenga cláusulas **abusivas** en favor del predisponente, tema que –como arriba se indicó– solo puede deducirse de la evaluación de textos específicos, atendiendo las circunstancias que rodean su presencia en el clausulado, para lo cual es menester dilucidar si su inclusión quebranta, **desde una perspectiva objetiva**, la buena fe negocial.<sup>10</sup>
53. Así, entonces, el Tribunal emprende el estudio de las cinco (5) estipulaciones respecto de las cuales se reclama en la cuarta pretensión de la § 1.2 de las pretensiones declarativas pronunciamiento, según sea el caso, de *nulidad absoluta* o de *invalidéz* o de *ineficacia*.
54. Previo a ello, sin embargo, considera procedente hacer una somera referencia a la *nulidad absoluta*, la *invalidéz* o la *ineficacia*, que de manera alternativa reclama TELCELL respecto de ciertas cláusulas del Contrato

➤ ***Nulidad absoluta, invalidéz e ineficacia***

55. Como paso inicial, deben examinarse los aspectos de existencia y de validez del contrato que ha dado origen a la controversia, por cuanto el artículo 1742 del C.C., dispone que “*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;*”, norma que, como en numerosas oportunidades lo ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, requiere como elementos que deben estar estructurados que la causal aparezca de manera manifiesta, ostensible, en el acto o contrato; que este “*haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones*” y que en el proceso “*intervengan en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que en-*

---

<sup>10</sup> Sobre este particular, cf. la caracterización de “cláusulas abusivas” que trae la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 2 de febrero de 2001, Expediente No. 5670.

*seña que la declaración de nulidad de un acto o contrato no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron”.*<sup>11</sup>

56. Pues bien, como resulta natural, para efectuar un examen sobre la validez del contrato, primero debe establecerse su existencia, a cuyo efecto el Tribunal se remite a un precedente arbitral, cuyas reflexiones, como se aprecia a continuación, son de recibo en este caso:

“[t]anto la Jurisprudencia como la doctrina han precisado dos conceptos totalmente diferentes, aunque interrelacionados entre sí, a propósito de la Teoría General de los Contratos: de una parte la existencia de los contratos y, de otra parte, la validez de los mismos.

La existencia de un contrato dice relación, como la misma expresión lo evidencia, con el hecho de que el vínculo respectivo nazca para el mundo jurídico, cuestión anterior a la posibilidad de examinar su validez.

De allí que la existencia de un contrato dependa de la presencia de sus elementos esenciales, de tal suerte que, como lo determina el Código de Comercio, el contrato debe tenerse como inexistente si le falta alguno de tales elementos.

A este respecto se han identificado dos (2) clases o agrupaciones de elementos esenciales: de un lado los elementos esenciales genéricamente predicables de todo contrato, como son el objeto, la causa, el consentimiento y las formalidades sustanciales que sean exigidas por la ley para la formación misma del contrato, en atención a su naturaleza y no en atención al estado o calidad de las partes.

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de agosto 17 de 1893 – G.J. IX – Página 2.

En consecuencia si a un aparente contrato le faltare el consentimiento, resultaría apenas obvio concluir que ese germen de vínculo jurídico no habría alcanzado a nacer para el mundo del derecho y, por consiguiente, se deberá tener como inexistente.

Lo mismo sucederá cuando ante la apariencia de un contrato se advierta que le falta objeto o que carece de causa o, incluso, cuando carece de las formalidades sustanciales exigidas por la ley para la formación del contrato, en atención a su naturaleza y no en atención al estado o calidad de las partes.

De otro lado se encuentran, según cada contrato en particular, algunos elementos esenciales específicos de determinados vínculos contractuales, los cuales no pueden predicarse o extenderse a la generalidad de los contratos. Es el caso, por ejemplo, del precio en los contratos de compraventa.

Resulta apenas natural que se concluya que un ‘devenir contrato’ o un aparente contrato de compraventa, al cual le falte por completo el precio, de ninguna manera podrá tenerse como tal. En el peor de los casos podría concluirse que el contrato en cuestión habría degenerado en otro contrato diferente, como el de donación, pero lo cierto es que jamás habría existido el aludido contrato de compraventa.

Aparte surge el concepto de validez de los contratos, el cual apunta a determinar si el contrato respectivo se ajusta al ordenamiento jurídico, lo cual supone que ya se ha superado el debate acerca de su existencia.

En efecto, la validez o la nulidad –ya sea absoluta o relativa-, sólo puede predicarse en relación con un contrato existente. Lo

anterior por cuanto resulta ontológicamente imposible tener como válido o como nulo a un contrato que ni siquiera existe.”<sup>12</sup>

57. Visto lo anterior, y con relación a la *nulidad absoluta* debe señalarse que el artículo 1741 del C.C. establece que ella tiene lugar cuando se configura “*un objeto o causa ilícita*”, se omite algún requisito o formalidad legalmente prescrito “*para el valor de ciertos actos o contratos*”, o estos son celebrados por “*personas absolutamente incapaces*”. El artículo 899 del C. Co., a su turno, guarda consonancia con la norma civil, pues cataloga el negocio jurídico como absolutamente nulo “[c]uando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa” o “*tenga causa u objeto ilícitos*” o “*se haya celebrado por persona absolutamente incapaz*”.
58. A su turno, la *invalidéz* de los contratos, más que institución **específica**, es consecuencia **genérica** de cualquiera de los eventos reglados en el Capítulo VII del Libro Cuarto del estatuto mercantil, valga decir “*Ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad*”.<sup>13</sup>
59. Finalmente, la *ineficacia*, consagrada en el artículo 897 del C. Co., que posiblemente es la sanción más fulminante, pues no precisa “*declaración judicial*”, requiere la presencia de una norma que exprese “*que un acto no produce efectos*”, caso en el cual este se reputará “*ineficaz de pleno derecho*”.
60. Será entonces, a la luz de las consideraciones anteriores, y con referencia específica a su ataque por la vía de ser estipulaciones *abusivas*, como se evaluarán las cláusulas cuya *nulidad absoluta*, *invalidéz* o *ineficacia* persigue la Demandante, advirtiéndose, desde ya, que la *ineficacia* pretendida por la Demandante no es hallada por el Tribunal en cuanto no aparece norma expresa que imponga tan severa sanción.

---

<sup>12</sup> Proceso arbitral de *Sociedad Energética de Melgar vs. Electrolima S.A.* – Laudo de febrero 13 de 2003.

<sup>13</sup> Los arts. 900, 901 y 902 del estatuto mercantil aluden, respectivamente, a la *anulabilidad* del negocio jurídico, a su *inoponibilidad* o a la *nulidad parcial*, figuras que no han sido planteadas en este arbitraje.

➤ ***Cláusula 3.4, frase final – Políticas y procedimientos de prevención de fraudes***

61. El texto de esta estipulación es como sigue:

“El Agente declara que conoce y acepta que las políticas sobre procedimientos operativos y de prevención de fraude son del exclusivo resorte y libre adopción de Telefónica Móviles y renuncia a cualquier reclamación por modificaciones adoptadas dentro de tales límites.”

62. Analizada el texto antes transcrito, el Tribunal considera que, **en sí mismo**, esto es, **objetivamente**, no puede ser calificado como *abusivo*.

63. En efecto, ella solo constituye un punto de partida que asociado con otras previsiones contractuales, en particular el Anexo No. 6 sobre prevención de fraudes, refleja el acogimiento voluntario de TELCELL a un régimen encaminado a prevenir, combatir y sancionar conductas indebidas o malintencionadas, objetivo que, de suyo, es dinámico y cuya efectividad exige contar con la flexibilidad necesaria para atacar las diversas formas en que podían presentarse vinculaciones incorrectas o fraudulentas, a lo que debe agregarse que a través de las políticas y procedimientos referentes a prevención de *fraudes* se buscaba, asimismo, reducir aquellos eventos en que la vinculación de un usuario no reportara un beneficio económico real a TELEFONICA o, en otras palabras, asegurar ventas de calidad.

64. Ciertamente es que la estipulación consagra una prerrogativa unilateral de modificación en cabeza de TELEFONICA, pero no es menos cierto que su propósito es claramente justificado y, por tanto, estimado legítimo por el Tribunal, máxime cuando las enmiendas contaban, *per se*, con un campo razonable y delineado, valga decir, la prevención y reducción de los *fraudes*, a lo que debe agregarse, como apoyo adicional sobre la regularidad de la estipulación que se analiza, que sería absolutamente caótico para la operatividad de la telefonía móvil celular dejar el establecimiento de

las políticas y procedimientos sobre *fraudes* en cabeza de los múltiples agentes de TELEFONICA y, aún, tener que concertar las mismas con ellos, caso por caso.

65. En el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de TELEFONICA se trató el tema y su incidencia en términos que confirman la ausencia de abuso en la inclusión de estipulaciones como la que se evalúa, al expresar:

“La política de fraudes es parte de un anexo que hace parte integral del contrato de agencia comercial, la política de fraudes básicamente lo que pretende es de alguna manera castigar o penalizar al agente comercial por el hecho de una mala vinculación o de una mala venta, eso tiene una explicación muy sencilla, una mala venta no sólo va en contra del propio agente comercial sino obviamente va en contra y en perjuicio de Telefónica Móviles, no sólo a nivel económico porque finalmente una mala venta hace que Telefónica Móviles no reciba el ingreso o lo que factura esa línea, sino que adicionalmente Telefónica Móviles al ser un concesionario, un [sic] servicio de telefonía celular, tiene unas obligaciones con diferentes autoridades.

Estas obligaciones implican que Telefónica Móviles a requerimiento de la Policía Judicial o de las autoridades pertinentes tienen que rendir un informe del suscriptor, datos del suscriptor en general y esta obligación obviamente se tiene de alguna manera verse trasladada al agente comercial que realice la venta para lo cual lo que hace Telefónica Móviles es invertir en infraestructura, en capacitaciones, en acompañamiento permanente al agente comercial indicándole cómo se debe hacer una buena vinculación para evitar este tipo de anomalías o fraudes. (....).”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup>

Interrogatorio de parte de la representante legal de TELEFONICA – Pregunta No. 9 – Página 5.

66. Corolario de lo expuesto es, entonces, que adicional al carácter no abusivo del texto bajo análisis, las circunstancias y fundamentos de su incorporación al régimen contractual tampoco permiten arribar a la censura de la disposición analizada.

➤ ***Cláusula 4.4, inciso segundo – Reclamos sobre facturación***

67. Sobre esta estipulación, el Tribunal comienza por señalar que hay plena coincidencia de textos en los dos instrumentos suscritos por TELCELL, así:

| <b>Contrato C-0222-05</b><br><b>§ 4.5, segundo inciso</b>   | <b>Contrato C-0761-06</b><br><b>§ 4.4, segundo inciso</b>   |
|---|---|
| Este [agente] dispondrá de cinco (5) días hábiles para entregar en las oficinas de Telefónica Móviles, un escrito detallado con las objeciones que estime pertinentes a la liquidación de Telefónica Móviles, vencidos los cuales, si no se presentan, se entenderá que la acepta como correcta y que por consiguiente, renuncia a cualquier revisión o reclamación posterior sobre ella. El Agente no podrá facturar a Telefónica Móviles sino una vez que ésta haya efectuado la liquidación correspondiente. | Este [agente] dispondrá de cinco (5) días hábiles para entregar en las oficinas de Telefónica Móviles, un escrito detallado con las objeciones que estime pertinentes a la liquidación de Telefónica Móviles, vencidos los cuales, si no se presentan, se entenderá que la acepta como correcta y que por consiguiente, renuncia a cualquier revisión o reclamación posterior sobre ella. El Agente no podrá facturar a Telefónica Móviles sino una vez que ésta haya efectuado la liquidación correspondiente. |

68. Frente a lo estipulado el Tribunal considera que no es *abusiva* la regulación sobre procedimiento para que TELCELL objetara las liquidaciones que debía presentarle Telefónica en forma mensual respecto del *Valor de la Remuneración Básica*:
69. De una parte, se llama la atención sobre el hecho que la fijación de plazos para reclamar u observar documentos o reportes es costumbre ciertamente usual en el mar-



co de los contratos *por adhesión*.<sup>15</sup> Podrá argüirse que el término de cinco (5) días hábiles es exiguo o insuficiente, pero esta apreciación no vas más allá de ser netamente **subjetiva**.

70. Adicionalmente, el reparo que ahora formula LA CONVOCANTE se ve fuertemente afectado si se considera que, como arriba se puso de presente, la estipulación sobre este tema es **idéntica** en los dos contratos, sin que haya evidencia de que TELCELL hubiera opuesto reparo a su inclusión.
71. Por último, debe observarse que –en ambos contratos– el párrafo siguiente al observado por TELCELL preveía que cuando el agente presentara objeciones a la liquidación preparada por su contraparte, “*se podrá tramitar la factura correspondiente a la parte no discutida*”, lo cual dejaría sin piso lo argumentado en el alegato de TELCELL en el sentido de verse afectada la CONVOCANTE por una especie de *caducidad* en su contra.<sup>16</sup>

➤ ***Cláusula 4.7, frase final – Terminación del contrato C-0761-06***

72. Esta estipulación, que forma parte de la titulada “*Modificación de la Remuneración*”, dispone que si el agente (TELCELL en la especie) no está de acuerdo con la enmienda de su remuneración propuesta por TELEFONICA “*podrá terminar el presente contrato sin que por ese hecho se cause indemnización alguna*”.
73. LA CONVOCANTE considera que es difícil “*imaginar una cláusula contractual más abusiva*”<sup>17</sup> en tanto que TELEFONICA considera que se trata de “*una cláusula*

---

<sup>15</sup> Cf., p. ej., la consuetudinaria inclusión de previsiones de este tipo en los reportes emitidos por entidades financieras.

<sup>16</sup> Cf. alegato de TELLCELL, página 23.

<sup>17</sup> Alegato de TELCELL – Página 29.

*de liberación de responsabilidad contractual para el agente, que lo faculta.... para terminar el contrato sin asumir ninguna indemnización por tal hecho.”*<sup>18</sup>

74. Frente a estas posiciones radicalmente opuestas y dada la coincidencia de la estipulación acusada (y de su antecesora) con la contenida en el contrato entre Marketing Comunicaciones Pérez Navarro & Cia. S. en C. y TELEFONICA, que fue objeto de pronunciamiento arbitral en Septiembre de 2010, el Tribunal acoge las reflexiones allí consignadas, concluyendo, como en tal ocasión, que la estipulación del contrato C-0761-06 sobre el tópico que se evalúa, introdujo una evidente mejoría para TELCELL, pues en el contrato de 2005 las modificaciones a la remuneración eran efectivas no menos de 15 días antes de su aviso en forma virtualmente automática y las previas a tal número de días se tenían por aceptadas, salvo objeción escrita formulada dentro de los tres (3) días siguientes a la propuesta de modificación.<sup>19</sup>
75. En el contrato de 2006, por el contrario, se conservó la antelación mínima de 15 días, pero TELCELL, en caso de discrepar con la enmienda propuesta por TELEFONICA, estaba dotada de la prerrogativa de ponerle fin al vínculo negocial, sin hacerse responsable de “*indemnización alguna*.”
76. En este sentido el Tribunal no comparte la apreciación de LA CONVOCANTE en cuanto a que la ausencia de indemnización a que se refiere la cláusula en comentario afecta negativamente a TELCELL, pues, precisamente, fue esta –y no TELEFONICA– quien quedó **exonerada** de pagos indemnizatorios si la terminación de la relación contractual operaba por **su decisión** de no acogerse a las modificaciones a la remuneración planteadas por TELEFONICA, circunstancia que, por tanto, se erigió como justa causa **por parte del agente** para terminar el vínculo contractual.

---

<sup>18</sup> Alegato de TELEFONICA – Páginas 68 y 69.

<sup>19</sup> Cf. § 4.8 del contrato de 2005.

➤ **Cláusulas 10.1 y 10.3, primer inciso – Efectividad de la terminación del contrato C-0761-06**

77. El reparo de TELCELL y consiguiente fundamento de acusación como *abusivas* de las cláusulas arriba indicadas radica en la disparidad existente entre el momento en que opera la terminación del contrato de 2006 por iniciativa de LA CONVOCANTE, comparado con el momento de ocurrencia de lo propio por iniciativa de TELEFONICA.

78. Tales estipulaciones tienen, en su integridad, el siguiente tenor:

| <b>§ 10.1</b><br><b>Terminación del contrato</b><br><b>Iniciativa del Agente</b>  | <b>§ 10.3, primer inciso</b><br><b>Terminación del contrato</b><br><b>Iniciativa de Telefónica</b>  |
|---|---|
| En cualquiera de los eventos establecidos como justas causas para ello por el Código de Comercio. En relación con lo dispuesto en los literales a) y b) del numeral 2º del artículo 1325 del Código de Comercio, las partes acuerdan que constituirá incumplimiento de Telefónica Móviles la inobservancia de cualquier obligación a su cargo que implique un quebrantamiento grave del contrato y que no sea remediada en un lapso máximo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha en que el Agente hubiere requerido, por escrito, el cumplimiento de la obligación de que se trate. | La terminación unilateral por iniciativa de Telefónica Móviles se efectuará mediante comunicación escrita, entregada por un medio que permita acreditar su recibo, dirigida al Agente a la dirección registrada en este contrato. En este caso, el contrato terminará en la fecha indicada por Telefónica Móviles y, en todo caso, no antes de dos (2) días después de la fecha de recepción de la citada comunicación. |

79. La primera observación que hace el Tribunal con relación a los textos anteriores es que son idénticos a los existentes en el contrato de 2005, cuando ningún reparo se

formuló a su inclusión. Por ende, no es de recibo considerar que estipulaciones aceptadas sin objeción en una oportunidad se tornen *abusivas* posteriormente.

80. Dicho lo anterior, se apunta que es claro que existe cierta disparidad de tratamiento según que la iniciativa de clausurar el contrato provenga de una u otra parte. Ello, sin embargo, no acarrea, a juicio del Tribunal, mérito para considerar que se configura *abuso* tal que derive en una de las sanciones pedidas por LA CONVOCANTE. Se trata, sencillamente, de una ventaja, propia, si se quiere, de la naturaleza por adhesión del contrato C-0761-06, pero de ninguna manera incurso dentro de las causales de *nulidad absoluta* y menos de *ineficacia*.
81. Pero, además, la *ventaja* de TELEFONICA es más aparente que real:
  - a. Por una parte, el *periodo remedial* está circunscrito al artículo 1325 (2) (a) y (b) del C. Co., sin cobijar los literales (c) y (d) del referido numeral.
  - b. Por otra parte, el aviso de terminación dado por TELEFONICA puede contener un *periodo remedial*, solo que su extensión no es fija, como sucede con relación a los literales (a) y (b) antes indicados, sino variable y flexible a juicio de TELEFONICA, quien, en función de las condiciones relevantes, bien podría establecer un plazo similar al prescrito para TELCELL.
82. Visto, como se halla, que **normativamente** no pueden calificarse como *abusivas* las disposiciones contractuales observadas por LA CONVOCANTE, fluye que no cabe la declaratoria de *nulidad*, *invalidéz* o *ineficacia*, de dichos textos, lo cual conduce, desde luego, a la desestimación de la cuarta pretensión de la § 1.2 de las pretensiones declarativas, así como a la no prosperidad de la declaratoria de incumplimiento contractual por parte de TELEFONICA por el motivo señalado en el literal (c) de la primera pretensión de la § 1.3 de las pretensiones declarativas, todo lo cual se reflejará en la parte resolutive del presente laudo.

83. Los tópicos restantes de la § 1.2 de las pretensiones declarativas de TELCELL se contrae a las peticiones quinta, sexta y séptima, que no recaen sobre el texto de disposiciones contractuales sino sobre el ejercicio de algunas de ellas, que LA CONVOCANTE califica como *abusivo*. Procede, entonces, el Tribunal a ocuparse de tales pretensiones en los términos que siguen.

➤ ***Abuso en la facultad de modificar la remuneración de TELCELL***

84. La quinta petición relacionada con el abuso contractual (§ 1.2 de las pretensiones declarativas) persigue que “*se declare que TELEFONICA abuso de su facultad contractual de modificar las comisiones, sin consultar los intereses de TELLCEL, en grave perjuicio de esta*”, pretensión que encuentra su soporte en el hecho No. 20 de la demanda, donde se destaca que al fijar la política de pago de comisiones TELEFONICA lo hizo sin “*consideración al legítimo interés que como agente tenía TELLCELL de percibir utilidades por sus servicios.*”
85. Inicialmente, es de advertir que en el negocio de la telefonía celular en el que un escaso y preciso número de operadores –debido a las múltiples exigencias legales para intervenir en el mercado– disputan arduamente su participación en el mismo, se impone contar con herramientas ágiles para efectos de prontamente atender sus necesidades y una de ellas es la alta flexibilización en materia de planes y tarifas, que impide un marco cerrado y difícilmente modificable, en especial en lo que concierne con las tarifas que debe pagar el usuario, las que obviamente serán la base para las utilidades de los operadores y el señalamiento de la comisión a sus agentes.
86. Por esa razón la estipulación contractual prevista en la § 4.7 del contrato C-0761–06, de similar redacción en contratos anteriores, faculta al agenciado para modificar unilateralmente la remuneración para el agente y su forma de calcularla, lo que se evidencia en la inveterada práctica contractual del sector de la telefonía de lanzar permanentemente nuevos planes con tarifas diferentes, base esencial para la permanencia del operador en el mercado, circunstancia que sin duda entra en el campo de

los hechos notorios a nivel nacional y de la que constituye el más reciente ejemplo la asignación de número fijo vitalicio al usuario, que conlleva un reacomodamiento en el mercado en materia de planes y tarifas.

87. Por ese motivo es de la esencia de este tipo de contratación masiva que sea el agenciado quien unilateralmente y de manera pronta señale las pautas pertinentes, y es inaceptable pretender que para cada modificación que se necesite tuviera que pactar previamente con todos sus agentes y menos individualmente con cada uno de ellos.
88. No es posible reducir el análisis del punto a un específico plan en el que eventualmente podrían rebajarse las comisiones al agente, sino que era menester mirar el conjunto de ellos, tal como lo explicó al Tribunal el declarante Jesús Antonio Daza, como se observa de la transcripción siguiente de su testimonio:

“DR. LOPEZ: En la carta se advierte que uno de los motivos que llevan a Telcell a tomar esa determinación es que las comisiones en promedio, o sea el Tribunal sabe que hay diversos planes, diversas comisiones, pero él habla también comisiones en promedio y también en mi pregunta así, que las comisiones en promedio han sido disminuidas cerca de un 60% en prepago y en cerca de un 40% en postpago.

Quisiera preguntarle dado su conocimiento del negocio en general sin mirar comisiones en promedio, tomando 2007, 2008 si realmente se puede hablar de una reducción tan drástica como la que aquí se menciona de 60% en prepago y 40% en postpago, en términos generales.

SR. DAZA: Pero cuál es el referente? No tengo el referente de ellos, el referente de subir 60 ó 40, el referente es, porque hoy yo puedo decir que han subido muchísimo, me explico el momento cero para compararlo cuál es el referente porque no lo tengo claro.

DR. LOPEZ: Yo tomaría como referente los años 2007, 2008, especialmente cuando usted dice que empieza y lo mostró ahorita en el cuadro que corresponde al año 2007, que empieza un decrecimiento, entonces mirándolo en esos 2 años si realmente los cambios de planes de Telefónica determinaron esa sensible baja en el promedio de las comisiones en general?

SR. DAZA: No, hubo una baja en el promedio de las comisiones de un plan comercial que era el de gama alta, es decir lo que nosotros hicimos en general no pasó esto, yo no decía él le pasó, pero cuando.... a él no le pasó eso, en general no pasó y es yo tengo más o menos la escala de comisiones son \$100.000 por un plan de 34 ó \$130.000 por uno de 59 y un plan de más de 109.000 son \$230.000, es hoy, no me acuerdo en esa época pero más o menos se ha conservado.

Qué hicimos en algún momento? Nosotros lo que hicimos fue subir el precio del plan de 34, de 30 y de 44 si eran \$100.000 u \$80.000 lo subimos a \$100.000, lo subimos como un 20% y bajamos el de 230 por decir algo que no me acuerdo lo bajamos a 150 el de planes altos y lo bajamos realmente no sé si fue el 50 ó 60% la comisión única vista así evidentemente ese bajó y el otro subió el 20.

Pero vista en perspectiva como funcionan las ventas es que el 90% de las ventas las hacían en este plan, por lo cual le subimos el 20% de las comisiones y solamente el 2% lo hacían en los planes altos y es por lo que hemos explicado algunos agentes y además parte de eso es lo que hoy ellos lo tienen clarito y parte de esas respuestas se las digo a alguno, si uno lo ve individualmente sí, pero es que mire la participación y alguna vez.... que no me acuerdo y vuelvo y le digo lo debía hacer con él, si usted está haciendo esto y le subimos el 20 los ingresos se incremen-

taron en un 20%, pero sólo del 1% le bajamos el 60 se le bajó el 2% de esto con lo cual su incremento fue del 19, que se yo y así pasó, no sé si a eso se refiere ahí.

Esa es una parte y la otra es lo que les dije de pymes, una comisión sí se le baja un poco señor, pero le voy a pagar las personas que usted tiene, lo que hicimos fue un arreglo que cuando me refiero y empecé cuando empecé a hablar acá y es algunos de los agentes no cambiaron la forma de proceder, no nos escucharon y esa era la forma y este tipo de conversaciones eran las que yo tenía con ellos cuando me sentaba, mire no piense en eso porque saben qué pasaba porque un asesor querer vender los planes de 109.000 decía que le habían bajado el 60%, sí ese señor le hace el 90%.... se los hace, sí no está vendiendo, pero sus ventas el 90 son del otro, recompone ese asesor y mira esto, pero mire su negocio a fondo y analícelo como corresponde, no lo analizaba.”<sup>20</sup>

89. Adicionalmente se tiene que las pruebas evidencian que los cambios realizados por TELEFONICA en este aspecto siempre fueron **generales**,<sup>21</sup> es decir iban dirigidos a toda su fuerza de ventas y no existe ninguna que dé cuenta de conducta discriminatoria y abusiva en contra de TELCELL, quien a más de acatar siempre las nuevas directrices no presentó oposición a ellas, ni hizo uso de la facultad de terminar el contrato sin indemnización a su cargo.

---

<sup>20</sup> Testimonio de Jesús Antonio Daza Páginas 49 y 50.

<sup>21</sup> El representante legal de TELCELL así lo admite:

“DR. LOPEZ: Pero esa disminución de comisiones a la cual usted hace referencia, era una disminución en caso de ventas de Telcell o era política general.

SR. MURGUEITIO: Era una política general de Telefónica, pero quiero aclarar otra vez que lo hacía con el tema de aumentar las ventas...”

(Interrogatorio de parte del representante legal de TELCELL – Página 43.)



90. Por las razones antes señaladas esta pretensión se niega.

➤ ***Abuso en el diseño y aplicación de la política de fraudes y penalizaciones***

91. Procede el Tribunal a tratar este aspecto para lo cual considera procedente revisar, en primer término, cual fue la política de fraudes y penalizaciones pactada por las partes, y partiendo de ella analizar los descuentos efectuados a LA CONVOCANTE durante la vigencia del contrato y si el ejercicio de la política de fraudes y penalizaciones fue abusivo y puede ser interpretado como un incumplimiento contractual por parte de TELEFONICA.

92. Sobre el primer aspecto, y fuera de la § 3.4 atrás analizada, el contrato C-0671-06 incluye:

a. La § 4.3 que dispone:

“Para determinar la comisión por Nuevas Conexiones de que trata el numeral 4.2. anterior, deberán descontarse del total de Nuevas Conexiones, el número de eventos que se presenten como resultado de cualquiera de las situaciones que se describen a continuación, sin perjuicio de las sanciones adicionales contempladas en el Anexo de Fraude, por no reportar éstas beneficio alguno para Telefónica Móviles, así:

(i) Las Nuevas Conexiones efectuadas para una persona y/o equipo que, durante el mismo mes en que se hizo la nueva Conexión o en el mes inmediatamente anterior o en el siguiente a aquel, se haya verificado que tuvo suscrito otro Contrato de servicio con Telefónica Móviles que haya sido terminado...

(ii) Los Contratos de Servicio o de Compraventa celebrados tendientes a (i) suministrar información o documentación falsa o irregular sobre el Suscriptor o a alterar total o parcialmente in-

formación del Suscriptor o relativa a los pagos que este efectúe o deba efectuar; (ii) obtener o incrementar indebidamente las comisiones o bonificaciones mediante la conexión o activación de los Servicios que no tenga como destino inmediato a un usuario o mediante la utilización fraudulenta o simulada de terceros para la conexión o activación de los servicios; (iii) facilitar la fuga de información para clonar o duplicar líneas celulares o para la obtención de cualquier beneficio o utilidad derivada del comercio ilícito de los Servicios o de los Productos; (iv) incurrir en alteraciones de cualquier índole en el equipo o en el producto; (v) efectuar o permitir la adquisición de un Producto para conectarse a los Servicios y no darle uso a estos Servicios, destinando el Producto a otros fines como su utilización en otras redes; o (vi) por cualquier otro evento fraudulento o irregular según lo establecido en las políticas comerciales de Telefónica Móviles.”

- b. la § 11.2.1 y siguientes, sanciones por incumplimiento de directrices comerciales, donde se estableció:

“11.2.1. En el caso de Nuevas Conexiones que puedan constituir delitos, irregularidades o fraudes al contrato de agencia o a los Contratos de Servicio o de Compraventa, el Agente se obliga a pagar a Telefónica Móviles a título de sanción contractual las sumas incluidas en el Anexo de Fraude.

11.2.2. En el mes siguiente de haber realizado la venta Telefónica Móviles revisará dichas ventas para verificar que se encuentran debidamente legalizadas. Si después de dicha revisión se verifica que no han cumplido con este requisito, el Agente se obliga a pagar a Telefónica Móviles a título de sanción contractual las sumas incluidas en el Anexo de Fraude.

11.2.3. El Agente se obliga a pagar a Telefónica Móviles a título de sanción contractual los valores en los que incurra Telefónica Móviles por el uso de las herramientas habilitadas de conformidad con el numeral 3.10 cuando se configure el incumplimiento de que trata el literal r. del numeral 10.2 del presente contrato.

11.2.4. Telefónica Móviles revisará las activaciones que estando debidamente legalizadas, hayan generado tráfico. Si después de dicha revisión se verifica que una nueva conexión, no ha cumplido con la condición de tráfico a que se refiere el Anexo de Fraude, el Agente se obliga a pagar a Telefónica Móviles a título de sanción contractual las sumas incluidas en el Anexo de Fraude.”

c. La § 14, donde se señala:

“Son anexos del presente contrato, del cual hacen parte integrante, los siguientes: (...)

Anexo 6-Política de Prevención de fraudes.”

d. A su turno, el referido Anexo No. 6 establece lo siguiente sobre la política de *fraudes*:

“Prevención del Fraude:

Las condiciones de los procesos de prevención para evitar la realización de conductas, irregulares o fraudulentas serán aplicadas para todos los productos incluyendo prepago, puesto que sobre este producto aplican las mismas políticas de penalizaciones por fraude que sobre los demás productos, incluyendo la comisión por la Conexión al Servicio, los valores incluidos en

la factura –si la hubiere- por concepto de servicios de telecomunicaciones y el valor del equipo al precio de adquisición por parte de Telefónica Móviles, más en su caso, una penalización por concepto de fraude.”

93. Visto el anterior marco de referencia se hace indispensable, por una parte, revisar los elementos de prueba que fueron recogidos en el trámite del proceso respecto a la política de fraudes, descuentos y penalizaciones y, por la otra, la forma en que TELEFONICA aplicó las consecuencias económicas previstas en el contrato, para concluir si lo hizo de manera abusiva o en forma que comportara grave incumplimiento del mismo.
94. La señora Torres Triana, representante legal de TELEFONICA, prosiguió así la respuesta antes transcrita, correspondiente a pregunta de LA CONVOCANTE sobre el manejo de *“la política de fraudes, descuentos y penalizaciones a las comisiones de los agentes”*:

“En ese orden de ideas de alguna manera se penaliza o se castiga esa mala vinculación y esa mala venta que realiza el agente, al interior de Telefónica Móviles se tiene un departamento de fraudes que en algún momento advierte que existe un comportamiento anormal en alguna línea, en ese momento y a través del sistema que tiene montado Telefónica de comunicación permanente con el agente se le da a conocer al agente que hay un comportamiento anormal en alguna de estas líneas para que el agente si puede lo solucione o justifique por qué de un momento a otro comenzó a generarse este comportamiento anormal.

Si finalizado esto se advierte que finalmente fue producto de una mala vinculación o una mala venta, se aplica la sanción o el descuento correspondiente previa obviamente información al agente que tiene la posibilidad de saber cuáles son las líneas que

están teniendo ese comportamiento anormal, cuáles son los motivos que constituyen ese tipo de comportamientos anormales porque el mismo contrato prevé cuáles son estos motivos y cuál es el descuento que se le va a realizar.

El agente tiene la posibilidad de conocer esto a través de la *extranet* que es el sistema de comunicación permanente entre el agente y Telefónica Móviles.”<sup>22</sup>

95. Para el Tribunal la anterior declaración va en línea con lo pactado en el contrato, en cuanto a los propósitos de la política de fraudes, y menciona, como parte del ejercicio proporcional de la facultad contractual de TELEFONICA, que el agente era suficientemente informado de los motivos por los cuales se vería afectado económicamente, particularmente mediante la utilización de la herramienta tecnológica llamada *extranet*.
96. Ahora bien, con base en la política de prevención de fraudes antes delineada, LA CONVOCADA realizó descuentos a LA CONVOCANTE durante el desarrollo del contrato C-0761-06 por concepto de penalizaciones por *fraudes*, por valor total de \$527.706.066, según se indica en la respuesta a la pregunta No. 1 (c) del dictamen pericial rendido por Ana Matilde Cepeda.
97. Y en cuanto a los conceptos por los cuales se hicieron descuentos a LA CONVOCANTE por fraudes y penalizaciones, se tiene que los soportes de los mismos están incluidos en la respuesta al literal (e) de la primera pregunta del dictamen rendido por la citada perito, así:

“Respecto de los documentos soporte de cada uno de los descuentos aplicados por penalizaciones y/o fraudes por un total de quinientos veintisiete millones setecientos seis mil sesenta y

---

<sup>22</sup>

Interrogatorio de parte de la representante legal de TELCELL – Página 6.

seis pesos moneda corriente = \$527.706.066,00=, a continuación se detallan y en el anexo se adjuntan las facturas de venta de TMC S.A. facilitadas por TELCELL.”

98. Tales descuentos, según lo establecido a través del dictamen pericial, obedecen a los siguientes conceptos:
- a. Penalización 130% - Comisiones;
  - b. Sanción contractual Anexo No. 6 del contrato de agencia comercial ventas de prepago activadas en SCL;
  - c. Sanción contractual § 4 del contrato. Ventas de prepago (traído) activadas;
  - d. Sanción baja prematura.
99. La existencia de múltiples conceptos para efectuar descuentos a TELCELL en función de la prevención de *fraudes* fue corroborada por el señor Jesús Antonio Daza, funcionario de TELEFONICA, en la diligencia de testimonio realizada el 19 de agosto de 2010:

“DRA. GOMEZ: Ha expresado usted, me gustaría que le precisara al Tribunal cuál es el concepto que tienen de fraudes y qué ítems conforman esos fraudes?

SR. DAZA: Digamos que eso está mal nombrado fraude, porque al final aquí se llaman son penalizaciones, pero hay varios el primero es que la persona este ilocalizable, no aparezca nunca, con lo cual ninguna venta y detrás no hay ninguna persona para eso tenemos unos medios y unas áreas que hacen un chequeo de todo esto, chequean llamadas y demás y es lo que se hace.... con el ejemplo que hice de las poblaciones, se puede

hacer ilocalizable, con lo cual hicieron fue una venta ficticia y la venta ficticia yo la penalizo y lo que hace el agente es demostrar que no fue una venta ficticia.

Otro se llaman son bajas prematuras que es que un agente comercial, si yo tengo como agente un nuevo cliente y antes de los 3 meses el cliente se da de baja, no sigue con nosotros, es una baja prematura y le descontamos el 100% de la comisión al agente.

Si es entre el cuarto y el sexto.

DR. VANEGAS: Estoy viendo en el documento que usted aportó, en algún caso hay penalizaciones del 130%?

SR. DAZA: Esa es la otra sí, esa es en el contrato hubo en algún caso eso, por eso se bajó la penalización, la penalización consiste en el subsidio del teléfono que es la diferencia en el precio del costo, la comisión, más el 8.33 de las cesantías, el que damos por efecto de la comisión, o sea se accedería al pago de la comisión y se penalizaba y el consumo eventualmente en esos meses que había y se penalizaba en el 30% adicional eso.”<sup>23</sup>

100. Así, entonces, y en consideración a que se aplicaron diferentes conceptos como fundamento de los descuentos por fraudes y penalizaciones, a continuación se identificarán los mismos, con el propósito de verificar si su aplicación fue abusiva por parte de TELEFONICA o, por el contrario, fue ejercida de acuerdo a lo pactado en el contrato.

➤ ***Nuevas conexiones***

---

<sup>23</sup>

Testimonio Jesús Antonio Daza – Páginas 42 a 44.

101. En el Anexo No. 6 de la política sobre fraude se indica que el agente debía legalizar las nuevas conexiones en un término no superior a nueve (9) días contados desde aquel en que había realizado la conexión.
102. TELEFONICA, por su parte, debía revisar dentro del mes siguiente a la venta si la misma había sido debidamente legalizada por el agente y si después de efectuada la revisión observaba que no había sido legalizada, este debía pagar a título de sanción contractual en favor de TELEFONICA, lo siguiente:

“(i) Cuando corresponda a la venta de un prepago activado con equipo traído, así: a) si la legalización se efectúa entre los días diez (10) y treinta (30), la sanción será del cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente al margen de venta inicial más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida, y b) si la legalización se efectúa después del día treinta (30), la sanción será el valor equivalente al 100% de margen de venta inicial más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida;

(ii) Si es en pospago [sic] o cuenta controlada activados con equipo vendido o traído, y prepagos vendido, que generan comisión, así: a) si la legalización se efectúa entre los días diez (10) y treinta (30), se aplicará lo dispuesto como requisito y por ello, la comisión que se causará será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor previsto como comisión plena por dicha venta más el 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida, siempre y cuando la nueva conexión haya cumplido con el requisito de tráfico y b) si la legalización se efectúa después del día treinta (30), como no ha cumplido con el requisito de legalización, se entenderá que no hay lugar al pago de la comisión, y en caso tal que la remuneración haya sido pagada a el Agente, esta no quedará en firme y por lo tanto el Agente se obliga a reintegrarla a Telefónica Móviles más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida.”



103. A la luz de lo anterior, no observa el Tribunal que la sanción impuestas al agente por no legalizar las ventas o las nuevas conexiones haya constituido un ejercicio abusivo por parte de TELEFONICA de las cláusulas del contrato, toda vez que, desde la suscripción del mismo, el agente se obligó a legalizar las ventas en el término establecido en el contrato, so pena de ser sancionado con los descuentos antes señalados.
104. Adicionalmente, el agente contaba con todos los elementos para legalizar la venta en consideración a que era él quien la hizo y podía efectuarla a través de la *extranet*, sistema en el cual se reflejaba la información de las ventas por él realizadas.

➤ ***Baja prematura***

105. Otro concepto por el cual se efectuaban descuentos al agente por penalizaciones, era la *baja prematura*, la cual fue explicada de manera general por el señor Daza así:

DR. VANEGAS: Cuál es la baja prematura?

SR. DAZA: La baja prematura es que hoy hay un cliente nuevo y el cliente nuevo no sigue con nosotros antes de 3 meses y ahí les descontamos el 100% de la comisión y si es entre el cuarto y sexto mes que se da de baja le descontamos el 50% de la comisión, después del sexto mes si se de de [sic] baja lo asumimos nosotros, es decir la gente ganó su comisión, pero nosotros asumimos la pérdida de ese cliente y la inversión que hicimos en él, subsidio, comisión.

Eso está en el contrato y todo el mundo lo conoce, además funciona en general la categoría, otra baja prematura es la otra penalización que es en prepago, que era lo que decía es que si el cliente en ese entonces, ahorita cambió, pero en ese entonces si yo vendo un prepago por lo menos debe tener tráfico de 5 minu-

tos salientes y 5 minutos entrantes, en el siguiente mes, si no tiene eso se le descuenta el margen que era los \$8.000 que les contaba...”.<sup>24</sup>

106. *La baja prematura*, tenía como fundamento la utilidad que reportaba a TELEFONICA la venta efectuada por el agente, la cual era determinada por un volumen de recarga mínimo en prepago y una permanencia mínima en postpago. Si la venta no reportaba tal utilidad, se efectuaban los siguientes descuentos por penalizaciones:

“(i) Cuando corresponda a la venta de un prepago traído, se aplicará una penalización del 100% del margen de venta más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida para productos prepago vendido en el caso de que adicional a la carga promocional, nos e recarguen al menos 10.000 pesos en los siguientes 90 días a la activación.

(ii) Cuando corresponda a la venta de un pospago [sic] o cuenta controlada, se aplicará: a) para las bajas prematuras voluntarias hasta 3 meses y por no pago hasta 5 meses, 100% de la comisión pagada más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida b) para las bajas prematuras como por no pago entre 3 o 5, y 6 meses, 50% de la comisión pagada más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida”.<sup>25</sup>

107. Bajo este marco, las sanciones impuestas a TELCELL por *baja prematura* no constituyen para el Tribunal un ejercicio abusivo por parte de TELEFONICA de las cláusulas del contrato, puesto que las partes pactaron voluntariamente un descuento sobre la comisión del agente, en aquellas ventas que no reportaran las utilidades esperadas para TELEFONICA (cuyo negocio es la venta de minutos al aire), por no

---

<sup>24</sup> Testimonio Jesús Antonio Daza – Página 43.

<sup>25</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 42.

contar con el volumen de recarga mínimo en activaciones prepago o con una permanencia mínima en activaciones postpago, que fue, precisamente, lo que sucedió.

➤ ***Ventas irregulares. Descuentos efectuados sobre el precio de adquisición de equipos***

108. El literal (a) de Penalizaciones del Anexo No. 6 del contrato señala que:

“En el caso de ventas que pueden constituir delitos, irregularidades o fraudes al Contrato o a los Contratos de Servicio de Compraventa mencionados en la cláusula 4.3. del Contrato, el Agente se obliga a pagar a Telefónica Móviles a título de sanción contractual la suma equivalente al 100% del margen de venta más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida, para productos prepago traídos y el 100% de la comisión más un 8.33% liquidado sobre la cifra obtenida para productos prepago vendido y pospago traídos y vendidos, los valores incluidos en la factura del Suscriptor por concepto de servicios de comunicaciones, **así como una sanción equivalente al 130% del valor del equipo vendido (si lo hubiere) al precio de adquisición por parte de Telefónica Móviles a sus proveedores de equipos...**”. (Resalta el Tribunal).

109. Así, pues, para el caso de ventas irregulares, el agente era sancionado, entre otras cosas, con un descuento equivalente al 130% del valor del equipo al precio de adquisición por parte de LA CONVOCADA a sus proveedores, factor de descuento que merece un análisis particular con el fin de establecer si TELEFONICA suministró al agente información oportuna y suficiente sobre los descuentos que se proponía realizar, a fin de que este pudiera determinar si el ejercicio de la facultad sancionatoria había sido hecho en el marco del contrato.

110. En algunas facturas aportadas con el dictamen pericial, se incluyen notas sobre descuentos del 130% del valor del equipo a TELCELL, así:

- a. En la Factura de venta No. SDB-0000107 de 31 de enero de 2007 se observa una nota que indica “*SANCIÓN CONTRACTUAL PENALIZACIÓN 130% VALOR DEL EQUIPO A PRECIO DE ADQUISICIÓN POR TELEFONICA MOVILES por valor de \$46.270.607*”. (Anexo No. 4 del dictamen).
- b. En la Factura de venta No. SDB-0000345 de 27 de febrero de 2007 se observa una nota que indica “*SANCIÓN 130% LUQ ENE 07 por valor de \$20.301.425*”. (Anexo No. 7 del dictamen).
- c. En la Factura de venta No. SDB-0002386 de 27 de julio de 2007 se observa una nota que indica “*PENALIZACIÓN EQUIPO 130% LIQUI JUNIO -07 por valor de \$8.594.447*”. (Anexo No. 18 dictamen).
- d. En la Factura de venta No. SDB-0002874 de 24 de agosto de 2007 se observa una nota que indica “*PENALIZA EQUIPO (130%) LIQ. JULIO-07 por valor de \$4.670.630.*” (Anexo No. 22 del dictamen).
- e. En la Factura de venta No. SDB-0003764 de 25 de septiembre de 2007 se observa una nota que indica “*PENALIZA 100% EQUIPO EN LIQ. AGO\_07 por valor de \$891.899*”. (Anexo No. 25 del dictamen).

111. Adicionalmente en el cuadro elaborado por la perito en la respuesta al literal (e) de la primera pregunta, se observan otros descuentos sobre equipos, así:

- a. Penalización 130% - comisiones febrero/2007 por valor de \$8.526.975, cruce 151. La Factura No. SDB-0000634 de fecha 27 de marzo de 2007 (Anexo 11 del dictamen);

- b. Penalización 130% -equipos liquidación abril/2007 por valor de \$7.991.702, cruce 290. La Factura No. SDB-0001409 de fecha 28 de mayo de 2007 (Anexo 14 del dictamen);
- c. Penalización 130% - equipos liquidación mayo/2007 por valor de \$5.498.830, cruce 391; y
- d. Penalización 100% - equipos liquidación septiembre/2007 reportado en octubre/2007 por valor de \$481.067, cruce 1051. La Factura No. SDB-0004462 de fecha 26 de octubre de 2007 (Anexo 29 del dictamen).
112. Todo lo anterior, correspondiente a los descuentos o penalizaciones efectuados a TELCELL con relación al presunto precio de adquisición de equipos por parte de TELEFONICA, tomados, como se dijo, de las facturas en las que se expresa que hubo un descuento y del cuadro elaborado por la perito, asciende a **\$ 103.227.582** y se resumen en la siguiente tabla:

| <b>Factura</b>    | <b>Fecha</b>             | <b>Valor – \$</b>  |
|-------------------|--------------------------|--------------------|
| SDB-0000107       | 31 de enero de 2007      | 46.270.607         |
| SDB-0000345       | 27 de febrero de 2007    | 20.301.425         |
| SDB-0000634       | 27 de marzo de 2007      | 8.526.975          |
| SDB-0001409       | 28 de mayo de 2007       | 7.991.702          |
| Penalización 130% | Mayo de 2007             | 5.498.830          |
| SDB-0002386       | 27 de julio de 2007      | 8.594.447          |
| SDB-0002874       | 24 de agosto de 2007     | 4.670.630          |
| SDB-0003764       | 25 de septiembre de 2007 | 891.899            |
| SDB-0004462       | 26 de octubre de 2007    | 481.067            |
| <b>Total</b>      |                          | <b>103.227.582</b> |

113. En torno a los descuentos que se analizan, obran en el proceso declaraciones (testimonios e interrogatorio de parte) del siguiente tenor:

a. Antonio Daza Giraldo, funcionario de TELEFONICA:

“DR. VANEGAS: Quisiera saber si ese 130% se calcula exclusivamente cuando estamos hablando de la penalización en este caso, se calcula sobre ese valor de adquisición del equipo o si se calcula también sobre la comisión que tengo entendido se rever-  
sa también y sobre otros componentes de la venta?

SR. DAZA: Sobre la comisión también yo no sé, pero ahí está donde dice y perdón, pero ahí está la comisión y sobre la comisión se suma y sobre eso se calcula el 30 adicional. (....)

DR. LOPEZ: Vamos a suponer que está establecido el fraude, o sea se dio el fraude, entonces es del caso aplicar la sanción, esa sanción es según se acaba de leer el 130%, el 130% de un millón o de \$700.000?

SR. DAZA: De un millón que es el costo de adquisición. (....)

DR. VANEGAS: El 130%.

SR. DAZA: Sí señor exactamente se calcula sobre el millón.

DR. VANEGAS: Y esos \$300.000 que en el ejemplo de doctor Hernán Fabio pagó él al agente, finalmente el agente se los trasladó también a Telefónica.

SR. DAZA: Claro, si no me los traslada le cobro los 300 más el 30 del millón, ahí cuadran las cuentas.

DR. LOPEZ: Ahí es donde no entiendo.

SR. DAZA: No me he hecho entender, vamos con el mismo ejemplo para finalizar, es decir la primera respuesta es el 30% sobre el millón es lo que le cobramos al agente comercial.

La segunda respuesta los 300, porque alguien podría decir por qué no sobre los 700? Porque es que el costo del equipo es un millón, pero ya separemos las dos cosas, cuando el agente vende el teléfono, él por cuenta de una persona nos recaudó para nosotros \$300.000, para Movistar y esos 300 nos los debe entregar como venta inicial.

DR. VANEGAS: Y los entregó para el ejemplo.

SR. DAZA: Exacto y ahí la venta inicial quedó perfecta y al mes nos damos cuenta que es un fraude, cuando vemos que es fraude decimos señor usted tiene un 30% de multa sobre el costo de adquisición del equipo, más el subsidio que son los 700, la base para calcular el 30 es el millón, no es que cobremos el millón, cobra uno el subsidio que es la diferencia entre el millón y el precio de venta que fueron 300, que así es como está la penalización, es decir qué le cobro? Yo le cobro \$700.000 por el subsidio. 200 por la comisión son 900 más el 30% del costo del equipo que es 1 millón que son 300, porque entendía que si era el propósito de la pregunta es que estuviera uno cobrando el millón más los 300, no la base es el millón para calcular el 30, pero el otro cobra el subsidio que ahí está en la penalización.”<sup>26</sup>

b. Beatriz Cecilia Aristizábal Gómez, asimismo funcionaria de TELEFONICA:

“DR. SACHICA: Este agente comercial mencionó en la demanda haber estado vinculado a la compañía a través de dos

---

<sup>26</sup>

Testimonio de Jesús Antonio Daza – Folios 57 a 60.

contratos, el primero de ellos terminó hacia el año 2006, al mes de octubre/06 y posteriormente suscribió un nuevo contrato, se hacen en la demanda algunas afirmaciones en relación con el nuevo esquema de fraudes a partir de octubre/06.

Usted que recuerda de ese cambio de modelo de fraudes, no voy a hacer mención a lo que se dice en la demanda para no condicionar su respuesta sino simplemente me gustaría que le explicara al Tribunal que recuerda usted de ese cambio de modelo de aplicación, de seguimiento de control de fraudes del modelo contractual anterior al mes de octubre/06 y el posterior al mes de octubre/06?

SRA. ARISTIZABAL: (...) Establecía penalización por comisión y por subsidios de los equipos, de 2006 en adelante se incluyó la penalización adicional del 30% adicional del inventario, es decir de los equipos, esto porque existía un tipo de fraude del que fuimos víctimas y muchos eran propiciados por los mismos agentes y es que los agentes se aprovechan precisamente de ese subsidio que Movistar le daba a los clientes para ellos mismos beneficiarse como de una venta de equipos, por ejemplo Movistar compraba un equipo Nokia a \$100 y lo vendía al cliente a 20, si el agente comercial hace una mala práctica y es que se aprovecha que puede comprar un equipo por \$20 cuando en realidad vale 100, tiene una ganancia de 80.

Es decir que él podría llegar a hacer ventas ficticias a hacer fraude usando esa diferencia y venderlos posteriormente en el mercado negro no se a \$30, \$40, \$50 igual era ganancia, le pagaba 20 a Movistar, los 20 que Movistar le cobraba al supuesto cliente y después los vendía en el mercado negro a lo que los vendiera y ahí tenía una ganancia importante.



Digamos que en Colombia ese fraude se empezó a presentar de manera importante precisamente en la época del cambio del contrato y el acuerdo que se tuvo fue bueno desestimulemos un poco esa práctica adicionando un 30% de penalización sobre el valor del subsidio. (...)

DR. LOPEZ: Quiero precisar lo siguiente, usted dice que se adicionó en ciertas penalizaciones con ocasión del valor del equipo, se adicionó un 30% sobre el valor del subsidio, usted dijo que el equipo valía 100, la persona que lo adquiría daba 20, entonces había un subsidio de 80, el valor que se cobraba al agente suponiendo que se diera el fraude los 80 que faltaban más 24, o sea 104, más los 20 que recibe del cliente?

SRA. ARISTIZABAL: No, los 20 que recibió el cliente no, porque no hacen parte del subsidio, el subsidio es el costo del equipo menos lo que pagó el cliente, por eso nos da los 80.

DR. LOPEZ: Correcto hasta ahí estamos, pero dijo que penalizaban con un 30% sobre?

SRA. ARISTAZABAL: Sí, sobre los 80.

DR. LOPEZ: Por eso, el 30% de 80 es 24, correcto?

SRA. ARISTIZABAL: Correcto.

DR. LOPEZ: Entonces en últimas Telefónica recibía el 20% que pagó el cliente, más 104 que le cobraban al agente, eso es lo que quiero precisar.

SRA. ARISTIZABAL: Exacto.

DR. LOPEZ: O sea 124?

SRA. ARISTIZABAL: Sí, así es.”<sup>27</sup>

c. Nohora Beatriz Torres Triana, representante legal de TELEFONICA:

“DRA. GOMEZ: **Pregunta No. 13.** Diga cómo es cierto sí o no, que en los casos en que se penaliza al agente con el precio del teléfono, no le suministran la factura de compraventa respectiva?

DRA. TORRES: No es cierto, al agente siempre se le informa el valor del teléfono, el valor del precio del equipo y siempre se le entregarán los soportes que el agente requiera para verificar que ese es el precio que se está penalizando.

DR. VANEGAS: La pregunta va dirigida específicamente a la factura verdad?

DRA. GOMEZ: Sí, le suministran en algún momento para descontarle la factura que soporte el precio del teléfono?

DR. VANEGAS: Si al agente le entrega una factura donde se refleje de manera global o específica el valor del teléfono que está descontando, es en ese sentido.

DRA. TORRES: **Si el agente lo requiere se le entrega.**

DR. VANEGAS: Si no lo requiere en principio no lo entregan?

DRA. TORRES: **No.**”<sup>28</sup> (Resalta el Tribunal).

---

<sup>27</sup> Testimonio de Beatriz Cecilia Aristizábal – Páginas 12 a 22.

<sup>28</sup> Interrogatorio de parte de la representante legal de TELEFONICA – Página 8.

114. Sobre este aspecto de la información suministrada a TELCELL, el testigo Daza Giraldo manifestó lo que sigue como parte de su testimonio:

“DR. GAMBOA: .... pero mi pregunta es qué información le suministraba en cuanto usted conozca y le hago la pregunta por lo siguiente, en una de sus respuestas al principio de la declaración usted mencionó el tema de la extranet y todo eso del sistema e indicó que era un sistema que tenía una amplísima gama de información y le permitía a los agente identificar dónde estaba el fraude y consecuentemente si no estaban de acuerdo les permitía....

Entonces mi pregunta es cómo en cuanto usted conoce, le acreditaban al señor agente a quien le estaban haciendo una penalización en virtud de esto que se dice aquí, cómo le acreditaba Telefónica el precio de adquisición del equipo a sus proveedores que es lo que dice acá, si lo sabe, si no lo sabe pues no importa, le mostraba la factura?

SR. DAZA: **No, nosotros nunca le mostrábamos a los agentes la factura de importación, ni nada de eso,** lo que nosotros hacíamos era que decíamos que el costo del equipo ellos tienen una carpeta comercial de equipos todos los agentes, hoy y desde su momento y es publicada oportunamente, periódicamente cuando hay cambios, cuando se mantienen y están al día en su extranet y demás y en la carpeta esta el costo, no sé si esta el costo, porque esta precio prepago y sabemos que el precio de prepago es costo porque no se subsidió nada, no sé si en esa época subsidiábamos algo que no me acuerdo, no siempre en prepago nunca he subsidiado nada, estaba precio de prepago que todo el mundo asume que es costo y los postpagos, aquí yo tengo un blackberry, si la compra en.... le vale \$1 millón, si la compra en... le vale \$800.000 si lo compra en 50 le vale 700, si

la compra en 120 le vale \$300.000, en la medida en que el cargo básico es más alto, le mismo equipo le cuesta menos al cliente.

Cuando yo hago la venta como agente comercial yo se que cogí el plan de \$129.000 porque además es el plan que él registra en mi sistema de activación de clientes, que es mi gestor de clientes, yo se que si vale, si lo... en ese plan, él debe pagarme \$300.000, pero como en principio él tiene una deuda con el tercero por \$1 millón, él me dice señor yo lo vendí en 300 luego usted dígame al tercero que yo vendí en 300 para que él me cobre 300 y no el millón, ya deje de descontarle millón sino descuéntele sólo 300.

DR. GAMBOA: Perdóneme pero me voy a poner de ejemplo, yo soy un agente, adquiero los equipos en los términos de esta documentación, esa venta es un fraude, usted me va a penalizar por el equipo, Telefónica, en cuanto usted lo sepa, me va a penalizar y me manda una sanción del 130% del valor del equipo, yo le digo bueno señor Telefónica yo sí quisiera saber para poderle pagar esta sanción inmediatamente del 130, que me diga cuál es el precio de adquisición de este equipo que me está cobrando 130%, qué hacía Telefónica en ese momento para acreditarle al señor agente a quien estaban penalizando cuál era el precio de adquisición del equipo, qué le mandaba o en la extranet estaba ese valor?

SR. DAZA: **No me acuerdo**, pero en la extranet, nosotros les mandamos la factura mensual de penalizaciones a ellos y mandamos el detalle de equipos y ahí va el valor, yo digo no sé, sí estoy seguro que está en la extranet de prepago, pero no estoy seguro que el de prepago era el costo (...).

SR. DAZA: El trámite no pasaba por mí para gestionarlo porque había unas áreas que son las de back office, de soporte co-

mercial, pero yo sí conocía la información evidentemente, la conocía mensualmente, quincenalmente o semanalmente depende del tipo de información.

Información por ejemplo de penalizaciones y fraudes mensualmente nosotros la entregamos a los agentes comerciales a través de una herramienta que es la extranet, que es el enlace Movistar hoy, pero en esa época se llamaba de otra manera, tiene todo el detalle de los agentes, de su actividad y sus fraudes, penalizaciones y esa nos la pasaba, nos la copiaban a nosotros los regionales, la parte de administración de canales que se llama esa área allí en Móviles que es la que da todo el soporte a esto.”<sup>29</sup>  
(Resalta el Tribunal).

115. Del análisis de los anteriores medios de prueba, para el Tribunal resulta probado que TELEFONICA se abstuvo de entregar facturas o información que le permitiera a TELCELL **conocer con certeza** el valor del equipo telefónico sobre el que se le aplicaría también una penalidad, fuera sobre el valor total o sobre el valor subsidiado.
116. La representante legal de TELEFONICA fue enfática al responder que no se le remitía la factura al agente, salvo que este la pidiera y el testigo Daza no recordó si dicha información estaba incluida en la extranet o si el medio de información de que disponía el agente era una carpeta con los modelos de los teléfonos en la cual también se incluía el precio de los mismos.
117. Se sigue, entonces, que TELEFONICA efectuaba descuentos sobre el precio de los equipos adquiridos a sus proveedores, sin que TELCELL pudiera verificar con precisión el precio del equipo sobre el que se efectuaba el descuento, pues no le era

---

<sup>29</sup>

Testimonio de Jesús Antonio Daza – Página 55.

suministrada la factura de compra de los equipos y no está probado tampoco que esa información fuera reflejada en la herramienta *extranet*.

118. Adicionalmente, las facturas de penalizaciones referentes a equipos no reflejan el valor sobre el cual se aplica dicho porcentaje o descuento, ni tampoco tienen un anexo o detalle que identifique claramente sobre qué valores era efectuado este, a fin de que pudiera ser objetado por TELCELL, en desarrollo del procedimiento previsto en el contrato para el efecto.
119. Si bien TELEFONICA estaba facultada para realizar dichos descuentos en virtud de lo pactado en el contrato, no hay elementos de juicio que permitan establecer que en este específico punto ejerció dicha facultad de manera proporcional y dándole a conocer al agente el valor de los equipos de manera clara y oportuna. Tampoco que esos elementos estuvieran a disposición a tiempo para que TELCELL, con prudente antelación hubiera podido analizar el anuncio de descuento y estar en capacidad de debatirlo en los términos del contrato.
120. Por lo anterior se concluye que TELEFONICA incurrió en conducta abusiva al descontar a TELCELL el 130% del valor del equipo sin haberle informado el precio sobre el cual se aplicaba dicho descuento, vulnerando de esa forma los intereses de LA CONVOCANTE al no poder objetar los descuentos efectuados.
121. Por consiguiente prosperará de manera parcial la sexta pretensión de la § 1.2 de las peticiones declarativas, toda vez que no hubo abuso por parte de TELEFONICA al diseñar la política de fraudes sino en su ejercicio respecto del punto específico de descuentos del valor de equipos.
122. Y en cuanto a la pretensión primera, literal (f) de la § 1.3. de las peticiones declarativas también habrá prosperidad parcial, pues si bien el incumplimiento contractual se presenta por el ejercicio abusivo de la facultad contractual ya estudiada, dicho incumplimiento no reviste para el Tribunal un carácter grave o sustancial, puesto que, por

una parte, su impacto económico dentro del total de los valores que tuvieron como causa el contrato no es significativo y, por otra parte, TELCELL no efectuó reclamo alguno para que dentro del plazo de 90 días previsto para ello, TELEFONICA hubiera adoptado los correctivos del caso.

123. En este orden de ideas, esta conducta de TELEFONICA de haber constituido un incumplimiento sustancial para el desarrollo de la relación contractual, seguramente habría originado en TELCELL una queja específica sobre este particular, de la cual no hay noticia en el expediente previo a la carta de terminación del contrato, única ocasión en que se informó esta circunstancia.

➤ ***Abuso de posición dominante contractual en la predisposición y suscripción del Contrato y en la ejecución del mismo***

124. Vistas las consideraciones precedentes, el Tribunal se refiere a la pretensión séptima de la § 1.2 de las peticiones declarativas de TELCELL para anotar que ella es de índole general, sin que LA CONVOCANTE haya puntualizado, fuera de las estipulaciones y conductas antes analizadas, disposiciones contractuales o actuaciones de TELEFONICA adicionales que soporten lo pedido, circunstancia que conduce al fracaso de lo pretendido por TELCELL en este punto.
125. Ello se predica, desde luego, sin perjuicio de los pronunciamientos que conforme a los análisis precedentes hará el Tribunal respecto de las pretensiones cuarta, quinta y sexta de la § 1.2 antes referida.
126. Finalmente, y en torno a la acusación de abuso de posición dominante por parte de TELEFONICA en la “*predisposición y suscripción de los contratos*”, debe puntualizarse que al margen de ser instrumentos *por adhesión*, que implican la presencia de las características de este tipo de convenciones, no se observa prueba alguna que soporte lo aseverado por TELCELL. Por el contrario, tal sería la conformidad de es-

ta con los términos contractuales que no solo una, sino dos veces firmó, de manera voluntaria y consciente, los contratos que la vincularon a TELEFONICA.

127. La parte resolutive del Laudo dará cuenta de lo arriba consignado.

**C. Pretensiones de TELLCEL sobre incumplimiento contractual por parte de TELEFONICA**

128. Toda la parte precedente del Laudo se ocupó de las peticiones declarativas contenidas en la § 1.2 de las pretensiones de LA CONVOCANTE, valga decir de las que calificó como asociadas con el *abuso contractual* por parte de TELEFONICA.

129. Parte de la anterior evaluación se extendió, además, al impacto de los diversos análisis sobre las declaratorias de incumplimiento planteadas por TELLCELL en la primera pretensión de la § 1.3 de sus peticiones declarativas. Así:

- a. Concomitante con la conclusión que no existían textos objetivamente abusivos que hubieran sido incluidos en el contrato C-0761-06, se puso de presente que fracasaría lo pedido en el literal (c) de la antedicha pretensión primera de la § 1.3 *in fine*.
- b. Con ocasión del análisis sobre los descuentos por *fraudes* efectuados a TELCELL se puso de presente que tendría prosperidad parcial el literal (f) de la primera pretensión de la § 1.3 de las peticiones declarativas, puesto que el incumplimiento contractual de TELEFONICA, si bien existente, no revestía para el Tribunal el carácter grave o sustancial que planteaba LA CONVOCANTE.

130. Dicho lo anterior, procede el Tribunal a despachar lo planteado en los restantes literales, esto es los marcados como (a), (b), (d), (e), (g), (h), e (i), de la precitada pre-



tensión primera de la § 1.3 de las peticiones declarativas. Para ello se procede como sigue:

- a. Como primera y cardinal consideración debe recalcar que la prosperidad de las pretensiones sobre incumplimiento **está exclusivamente referida a los descuentos relacionados con equipos, pero no a la afectación grave de los intereses económicos de TELCELL, según se pide en la demanda.**
- b. El literal (a) antes referido no prosperará, puesto que la solicitud que el mismo contiene se refiere específicamente al incumplimiento del inciso segundo del Anexo No. 6, que corresponde al trámite de objeciones y en el proceso no existen elementos de juicio que permitan al Tribunal deducir que dicho incumplimiento tuvo lugar.
- c. Con relación al literal (b) se desestimaré del mismo la solicitud de que se hicieron descuentos por penalizaciones y fraudes por fuera de las previsiones contractuales **en general**, puesto que, se repite, el incumplimiento se contrae exclusivamente al aspecto de los descuentos efectuados sobre el precio de los equipos que, se reitera, para el Tribunal no tuvo el carácter de grave.
- d. Lo pedido en el literal (d) será desestimado toda vez que, como se señaló anteriormente, el ejercicio de la prerrogativa de modificar las comisiones fue ejercido de manera regular y con carácter general por parte de TELEFONICA.
- e. La petición contenida en el literal (e) prosperará parcialmente, esto es, en cuanto a que no se han pagado en forma completa las comisiones a favor de TELCELL, dado que se le descontó la suma de \$103.227.582, excediendo las facultades contractuales, **pero no se accederá a la declaración en forma general, como fue formulada.**

- f. En cuanto al literal (g), no se atenderá lo allí solicitado, toda vez que el punto no tuvo desarrollo específico a lo largo del proceso y, por ende, prueba alguna sobre el particular.
- g. La petición planteada en el literal (h) no prosperará en la forma planteada - por demás confusa- por cuanto no obra prueba de que en el **preciso momento de la terminación del contrato C-0761-06** existieran comisiones “*causadas y no pagadas*”. Desde luego, lo anterior se predica sin perjuicio de lo concerniente a las condenas que serán impuestas a TELEFONICA, las cuales obedecen a rubros diferentes.
- h. Con relación al literal (i), habida cuenta de su expresa conexión con el tema de la prestación establecida en el primer inciso del artículo 1324 del C. Co. (*cesantía comercial*), el Tribunal aludirá al mismo en el acápite del laudo correspondiente a tal asunto.

**D. Evaluación de las causas de terminación del contrato**

- 131. Las diversas peticiones sobre incumplimiento contractual de TELEFONICA están presididas por el párrafo inicial de la primera pretensión de la varias veces mencionada § 1.3, donde se solicita declarar que TELEFONICA “*incurrió en incumplimiento tanto de sus obligaciones contractuales, como de sus obligaciones por haber ejecutado acciones y haber incurrido en omisiones que violaron lo pactado contractualmente y que afectaron gravemente los intereses económicos de TELCELL....*”, siguiendo la referencia a los ya tratados incumplimientos de la política de prevención de fraudes y sus penalizaciones; inclusión de cláusulas abusivas en el contrato C-0761 de 2006; indebida modificación de comisiones y no pago oportuno de ellas; y no pago de comisiones a la terminación del contrato.
- 132. Todo lo anterior, a su turno, es la base de la pretensión segunda de este aparte, donde se solicita que “*se declare que TELCELL tuvo una JUSTA CAUSA imputable a*

*TELEFONICA, para dar por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial que ejecutaron las parte.”*, lo que conllevaría que se admita que tiene razón lo manifestado por LA CONVOCANTE en su carta de febrero 19 de 2009.

133. Con relación a este aspecto considera el Tribunal lo siguiente:
134. Para efectos de la terminación unilateral del contrato por parte del agente, en la cláusula décima que –como antes se determinó– no puede calificarse de abusiva ni le son predicables los conceptos de nulidad, ineficacia o invalidez lo que conlleva que debe ser tenida en cuenta para efectos de esta decisión, se pactó que para que TELCELL pudiera dar por terminado unilateralmente el contrato era menester que existiera inobservancia del mismo por parte de TELEFONICA *“que implique un quebrantamiento grave del contrato y que no sea remediada en un lapso máximo de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que el Agente hubiere requerido por escrito, el cumplimiento de la obligación de que se trate.”*
135. En contratos de mutua colaboración, acuerdos como el anterior tienen como clara finalidad dar estabilidad al mismo y permitir al agenciado corregir eventuales fallas que comporten grave incumplimiento de las obligaciones a su cargo, de manera tal que el agente en forma oportuna y con el detalle pertinente las ponga de presente para darle al primero la ocasión de enmendarlas o poner de presente que no se estructuran y solo si la conducta persiste, puede el agente unilateralmente darlo por terminado.
136. Precisamente de lo que se trata es de impedir que sea la carta de terminación la que venga a enterar al agenciado de esos supuestos incumplimientos, de modo que se erige como un presupuesto acordado por las partes para hacer uso de la referida facultad de terminación unilateral del contrato por justa causa imputable al agenciado, el que antes de terminarlo se haya surtido este paso, de imperioso cumplimiento a la luz de lo señalado en el artículo 1602 del C.C. que destaca que *“todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes”*, sin que el Tribunal encuentre ad-

misible que unilateralmente TELLCELL pueda concluir que no le es posible acatar lo señalado en la § 10.1 al resaltar en la carta de terminación que: *“no nos queda otra alternativa que dar por terminada, a partir de la fecha, la relación contractual con justa causa de nuestra parte, sin que sea posible dar aplicación al numeral 10.1 de la cláusula décima que consagra el amplísimo plazo de noventa (90) días a favor de TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A. para subsanar cualquier incumplimiento, asunto este que ya no es posible, ante la insubsanable situación de inviabilidad de nuestra empresa generada exclusivamente por ustedes.”*<sup>30</sup>

137. Adicionalmente no es admisible que se impute a TELEFONICA ciertas conductas que en opinión del agente hicieron inviable el contrato y se advierta que ello se debió precisamente a que no se tomaron *“a tiempo los correctivos tendientes a conjurar la situación por parte de ustedes”*, si, precisamente, ese era el objetivo de la § 10.1.
138. De ahí la incongruencia de censurar supuestos incumplimientos del agenciado que bien habrían podido ser subsanados si oportunamente se le ponen de presente para sus eventuales correcciones, las que de no darse, hubieran ajustado la conducta del agente a lo plasmado en el contrato, permitiéndole, de asistirle razón, darlo por terminado con la observancia de requisito que echa de menos el Tribunal.
139. En el presente caso TELCELL no dio cumplimiento a lo antes señalado, porque no existe prueba alguna del requerimiento con la precisión de los incumplimientos graves, lo que lleva al Tribunal a denegar la solicitud atinente a que el contrato se terminó con justa causa (segunda de la § 1.3 de las pretensiones declarativas) y, por ende, a anticipar que lo propio acontecerá con las pretensiones de condena derivadas de esta declaración, específicamente, la segunda y la quinta, toda vez que:

---

30

Cuaderno de Pruebas No. 1 – Folio 39.

- a. La indemnización prevista en el segundo inciso del artículo 1324 del C. Co. depende de la existencia de causa imputable al agenciado como motivo para ponerle fin al contrato; y
- b. Las indemnizaciones por daño emergente y por lucro cesante fueron planteadas como consecuencia de “*la terminación anticipada del contrato de Agencia Comercial por JUSTA CAUSA imputable a TELEFONICA*”, circunstancia que como se explicó anteriormente no encuentra configurada el Tribunal.

**E. Cesantía comercial. Pretensiones de condena asociadas con tal prestación**

- 140. Las peticiones atinentes a la *cesantía comercial* están contenidas en la § 1.1 de las pretensiones declarativas de TELCELL y, a juicio del Tribunal, ameritan las anotaciones que siguen.
- 141. Como se mencionó en el aparte precedente sobre *Objeto del Proceso*, no existen diferencias entre las partes en relación a la naturaleza del contrato objeto de la demanda -agencia comercial- y se encuentra reconocido por las mismas que sus diferencias se refieren única y exclusivamente al contrato C-0761-06, cuya vigencia inició el 1º de octubre de 2006 y fue terminado por parte de TELCELL el 19 de febrero de 2009.
- 142. El primer inciso del artículo 1324 del C. Co. establece que a la terminación del contrato de agencia el agente tiene derecho a una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años (o al promedio de todo lo recibido si el tiempo es inferior), multiplicado por cada uno de los años de vigencia del contrato, siendo de destacar que el agente siempre tiene derecho a esta prestación, sin importar cuál haya sido la causa de terminación del contrato; incluso debe pagarse cuando el contrato ha terminado por culpa del agente.

143. Si bien, el mencionado inciso señala que el agente tendrá derecho a la *cesantía comercial* a la terminación del contrato, las partes pueden pactar que ella sea pagada anticipadamente, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, principio que se ha definido como la capacidad de autodeterminación de los sujetos para celebrar o no contratos y determinar su contenido contractual.
144. En razón a ello, el artículo 4° del C. Co. ha establecido que “*Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles*”, lo cual no implica que con ello se pueda contrariar el orden público y las buenas costumbres.
145. Las partes pactaron en el parágrafo segundo de la § 5.1 del contrato C-0761–06 el pago anticipado de la *cesantía comercial*, así:

“No obstante que las partes entienden que la prestación a que se refiere la presente cláusula debe ser satisfecha luego de terminado el contrato suscrito, obrando de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, las partes **han acordado que dicha obligación será atendida por Telefónica Móviles, efectuando su pago anticipado, en forma mensual.** Este pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de esta pretensión especial, después de haber sido cuantificado en los términos previstos, resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los pagos anticipados efectuados”. (Resalta el Tribunal).

146. Se encuentra probado en el proceso que durante la vigencia del contrato C-0761–06 se efectuaron pagos parciales a TELCELL por concepto de *cesantía comercial*, por valor de \$ **486.623.352**.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Cf. dictamen pericial de Ana Matilde Cepeda, respuesta al literal (a) de la primera pregunta, página 15.

147. No obstante, LA CONVOCANTE solicita en la petición primera de la § 1.1 de las pretensiones declarativas “*que se declare que **TELEFONICA** no ha cancelado en forma completa y oportuna la prestación del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio o cesantía comercial, causada a favor de su agente comercial TEL-CELL a la terminación de la relación contractual*”, aseveración que verificará el Tribunal a continuación.

148. Las partes pactaron liquidar anualmente sus prestaciones reciprocas, en la § 4.8 del contrato C-0761–06, así:

“En el mes de noviembre de cada año de vigencia del contrato, las partes se reunirán para efectuar la liquidación parcial de sus prestaciones reciprocas correspondientes al año calendario inmediatamente anterior, para aumentarlos o disminuirlos...”.

149. En el mismo sentido, la § 10.5 del citado contrato dispone:

**“Terminado este contrato por cualquier causa, las partes se reunirán, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de dicha terminación, para dejar constancia de la liquidación de sus prestaciones recíprocas que no hayan sido liquidadas y pagadas de conformidad con los Finiquitos anuales de que trata el numeral 4.8.... se dejará constancia de ello en un acta especial que se firmará por las partes, en la cual se otorgarán los finiquitos a que haya lugar.”** (Resalta el Tribunal).

150. A pesar de que se encontraba pactado en el contrato la liquidación anual de las prestaciones de las partes, estas han reconocido que a la fecha no han realizado la liquidación o finiquito del contrato C-0761–06, hecho que, además, fue confirmado por la perito Cepeda al contestar el literal (d) de la primera pregunta, así:

“Revisados los registros contables facilitados por las partes en discordia, después de octubre de 2006 no se encontró por concepto de liquidación o finiquito para el contrato C-0761 -06 (Fls 018-038) de fecha 26 de diciembre de 2006”.

151. Se encuentra probado que TELEFONICA remitió a TELCELL un proyecto de acta de liquidación del contrato C-0761-06, mediante comunicación de 12 de marzo de 2009,<sup>32</sup> en la cual se observa un saldo total a favor de TELCELL por valor de \$32.001.210. Sin embargo, no existe prueba en el expediente que acredite que dicha suma fue pagada por TELEFONICA a TELCELL, después de la terminación del contrato.
152. La perito también advirtió la existencia de un saldo a favor de TELCELL por concepto de *cesantía comercial*, así:

“Conforme la anterior metodología y para los registros contables puestos a disposición, el valor obtenido como Diferencia en pago de Cesantía Comercial, asciende a treinta y dos millones ochocientos sesenta mil setecientos ochenta pesos moneda corriente (\$ 32.860.788).”<sup>33</sup>

153. Esta cifra, frente a la cual existe una mínima diferencia con la contenida en el proyecto de acta de liquidación del contrato elaborada por TELEFONICA, será tomada en cuenta por el Tribunal como el valor de la cesantía a que tiene derecho TELCELL a la finalización del contrato C-0761-06.
154. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, prosperarán las pretensiones primera de la § 1.1 y el literal (i) de la primera petición de la § 1.3, ambas de las pretensiones declarativas, en el sentido de declarar que TELEFONICA no ha cancelado

---

<sup>32</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 57 y siguientes.

<sup>33</sup> Dictamen pericial de Ana Matilde Cepeda – Página 15.



en forma completa y oportuna la *cesantía comercial* causada a favor de TELCELL a la terminación del contrato C-0761-06, por lo cual incurrió en un incumplimiento a las obligaciones a su cargo pactadas en el citado contrato.

155. No obstante, se aclara y enfatiza que el incumplimiento contractual de TELEFONICA por no haber pagado oportunamente a TELCELL la antedicha parte insoluta de la *cesantía comercial* a la terminación del contrato no se considera grave a los fines planteados por LA CONVOCANTE, y menos si se observa que aquella reconoció dicha cantidad y esta no la hizo efectiva, pero tampoco TELEFONICA inició un proceso de pago por consignación.
156. Correlativo a lo anterior se tiene que prosperará parcialmente la primera pretensión de condena, en cuanto a que TELEFONICA debe pagar a TELCELL la suma de **\$32.860.788** por concepto de saldo de *cesantía comercial*, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2006 y el 19 de febrero de 2009, es decir, aquella referida única y exclusivamente al contrato C-0761-06.
157. Visto lo anterior procede el Tribunal a ocuparse de la segunda petición de la § 1.1 de las pretensiones declarativas, a cuyo efecto consigna lo que sigue.
158. En el peritaje rendido por la señora Cepeda se estableció que los descuentos por fraudes y penalizaciones se habían efectuado **con posterioridad** a la liquidación de las comisiones y que estas, sin los descuentos habían servido de base para la liquidación de la *cesantía comercial*. Por ende, si se accediera a la pretensión, se estaría liquidando dos veces la *cesantía comercial* sobre el valor descontado.
159. Dijo la perito en la respuesta del literal (h) de la primera pregunta del dictamen:

“h) Efectuado el cálculo anterior, se solicita a la señora perito indicar la parte correspondiente del valor que debe tenerse como base para el cálculo de la *cesantía comercial*, si el Tribunal

ordenara, como se le ha pedido, la devolución de aquellos descuentos efectuados a partir del 1 de octubre de 2006.

**Respuesta:**

La deducción de los descuentos es posterior a la liquidación de la comisión, la cual es la base para determinar el valor de la cesantía.”<sup>34</sup>

160. Adicionalmente en la respuesta al literal (c) de la primera pregunta del dictamen en referencia se indica lo siguiente:

“Los descuentos anteriores no son objeto de liquidación de cesantía comercial debido a que su deducción se realizó posteriormente a la liquidación de la comisión la cual fue tomada como base para determinar el valor de la cesantía”.<sup>35</sup>

161. Conclusión obvia de lo anterior es que no prosperará la segunda petición de la § 1.1 de las pretensiones declarativas formuladas por TELCELL.
162. En cuanto a la tercera pretensión de la antedicha § 1.1, el Tribunal observa que no hay lugar a atenderla por cuanto no se encuentra probado en el proceso la existencia de comisiones a favor de TELCELL causadas y dejadas de pagar a la terminación de la relación contractual, lo cual es consistente con lo expresado respecto del literal (h) de la primera pretensión de la § 1.3 de las peticiones declarativas.
163. En efecto, la perito Cepeda manifestó con entera claridad en la respuesta al literal (i) de la primera pregunta de su dictamen:

---

<sup>34</sup> Dictamen pericial de Ana Matilde Cepeda – Página 25.

<sup>35</sup> Ibid. – Página 17.

“De acuerdo con los registros contables procedentes de los libros de contabilidad de la sociedad ‘TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA’, **no se encuentran saldos por concepto de comisiones causadas y no pagadas a la terminación del contrato.**”<sup>36</sup>

164. Finalmente, no es de recibo la cuarta pretensión de la § 1.1 de las peticiones declarativas, pues, como se anotó en la parte del laudo correspondiente a la terminación del contrato C-0761-06, no se configuró justa causa para ello y, por ende, no cabe, en lo más mínimo, considerar que tal convención debía tener efecto hasta el 1º de Octubre de 2010, como pretende LA CONVOCANTE.

**F. Otras pretensiones de condena**

165. Analizado lo concerniente a las pretensiones vinculadas a la *cesantía comercial* y su correspondiente impacto en ciertas pretensiones de condena, corresponde ocuparse de las de este último tipo que no han sido objeto de pronunciamiento anterior, así:
- a. Como efecto de las consideraciones precedentes sobre descuentos impropios por concepto de adquisición de equipos por parte de TELEFONICA a sus proveedores, prosperará **parcialmente** la tercera pretensión de condena, esto es, circunscrita a la cantidad de **\$103.227.582**, atrás explicada y relacionada.
  - b. Corolario de lo anterior es que se condenará a TELEFONICA al pago de intereses de mora sobre dicha suma, así como también sobre la correspondiente al saldo insoluto de la *cesantía comercial* (\$ 32.860.788), todo ello a partir de la fecha de notificación de la demanda, es decir desde el 15 de abril de 2010 hasta la fecha del laudo –23 de agosto de 2011– lo cual asciende en total a **\$ 39.764.428** -\$ 30.162.649, asociados con los descuentos y \$

---

<sup>36</sup>

Ibid. – Página 26.

9.601.779, asociados con la *cesantía comercial*- y con posterioridad a esta última fecha hasta que se produzca el pago del principal. Prospera, por ende, y circunscrito a lo anterior la pretensión séptima de condena.

166. La determinación del Tribunal de acoger la petición de pago de intereses de mora en la forma antes señalada hace innecesario ocuparse de la octava pretensión de condena, pues fue planteada como **subsidiaria** de la séptima de esta especie.
167. Y en cuanto a la novena pretensión de condena, que se refiere a las costas del proceso, se anota que su tratamiento será objeto de parte posterior del laudo.

**G. Excepciones perentorias**

168. Si bien es cierto en el desarrollo de la parte motiva del presente laudo existen referencias a las excepciones perentorias propuestas, y destacando que el apoderado de LA CONVOCADA admite en el aparte III de su respuesta a la demanda que “*varias de ellas no son elementos exceptivos propiamente dichos*”, el Tribunal, para mayor claridad, hace referencia a las mismas y en especial a las que no han sido objeto de análisis, resaltando que algunas de las propuestas corresponden a unos mismos hechos, es decir son repetitivas.
169. Es así como las dos primeras, “*Inexistencia de los incumplimientos alegados*” e “*Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas*”, prosperan parcialmente dado lo antes advertido y con la cualificación de que en sentir del Tribunal esos incumplimientos no ameritan el calificativo de graves.
170. La “*Terminación injustificada del contrato por parte de Telcell*”, tal como se expresó antes, prospera no solo por no encontrar el Tribunal incumplimientos graves por parte de TELEFONICA, sino también por no haberse observado el mecanismo de autocomposición, que si bien no conlleva la estructuración de la excepción de “*Petición antes de tiempo*” también presentada, pues no se erige ese aspecto del pacto

como condicionante del acceso a la administración de justicia, si tiene directa incidencia, como se dijo, en no admitir la justa terminación del contrato por parte de LA CONVOCANTE.

171. Lo atinente a las denominadas “*Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la convocante*” y “*Desconocimiento de sus actos propios*”, sin duda corresponden a las calificadas por el apoderado de LA CONVOCANTE como de incidencia en la decisión final pero no como excepciones perentorias propiamente dichas, de ahí que dada su naturaleza no es menester análisis específico acerca de su estructuración, pero, dejando de lado cualquier calificativo de mala fe en la conducta de TELCELL –pues ninguna prueba al respecto existe– esos aspectos tuvieron incidencia en varias de las determinaciones tomadas, como se desprende de los análisis anteriores.
172. Las excepciones denominadas “*Inexistencia de abuso de posición dominante o de abuso contractual por parte de Telefónica*” e “*Inexistencia de abuso contractual por parte del Telefónica*”, en sentir del Tribunal de idéntico contenido, tal como se razonó anteriormente, prosperaran pues no se encontró la estructuración de esas circunstancias.
173. La excepción de “*Compensación*” se niega por no existir probatoriamente estructuradas las bases legales para su éxito en el art. 1715 del C.C. que exige la existencia de obligaciones recíprocas líquidas y exigibles, requisito que no se dan en el presente caso.
174. La excepción de “*Pago*” habida cuenta de que se propuso sobre el supuesto de que “*hubo pago de telefónica a Telcell por cualquier concepto relacionado con los contratos celebrados*”, no prospera integralmente debido a lo ya fundamentado acerca del no pago de una parte de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del C. Co. y lo que concierne con descuentos en exceso por cobro de aparatos telefónicos.

175. Con relación a la excepción de “*Transacción*” se reitera que prospera en relación con el contrato 0222-05.
176. Respecto de la excepción denominada “*Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas. Inexistencia de derecho para reclamar. Unilateralismo lícito*”, se anota que sus planteamientos, así no constituyan estrictamente un medio exceptivo, han sido tomados en consideración a lo largo del presente capítulo del laudo.
177. La excepción denominada “*Carencia de fundamento para solicitar declaraciones de invalidez o ineficacia de cláusulas contractuales o anexos de los contratos*”, prospera, pues tal como se analizó, el Tribunal no halló ninguna vicisitud de las mencionadas predicables del contrato en general ni de cláusulas en particular.
178. La mencionada como “*Terminación del contrato No. C-0222-05*”, prospera, pues se expresó que dicho contrato terminó de común acuerdo entre las partes, fue objeto de finiquito y precisa determinación de las obligaciones posteriores a su finalización, de ahí lo advertido en el laudo en el sentido de que para nada se ocupa del referido contrato en lo que a determinaciones respecto del mismo atañe.
179. El hecho exceptivo denominado “*Caducidad de la posibilidad de objetar descuentos. Renuncia válida a presentar reclamaciones sobre pagos de comisiones*”, debe ser negado, pues la práctica del contrato evidenció que lo que pudo ser una cláusula de caducidad en orden a no admitir reclamaciones luego de vencido el plazo de cinco días pactado en el contrato, más que un factor que determinara la pérdida del derecho a reclamar con posterioridad a su vencimiento, vino a ser un llamado de atención a los agentes para que reclamaran con presteza, porque obran pruebas que acreditan que se aceptaron en varias ocasiones reclamos con posterioridad a ese vencimiento, para lo cual basta advertir que el declarante Boris Hernando Chivatá, funcionario de TELEFONICA, al ser preguntado al respecto respondió:

“SR. CHIVATA: Siempre está abierta la posibilidad para que ellos mencionen en un momento dado si había alguna inquietud frente a lo que ellos estaban liquidando e inclusive en la misma página encuentra uno un ítem donde el agente puede ingresar y dependiendo de la solicitud que tenga poder ingresarla y ser atendida, por eso algo de lo que se le está presentando es lo que después se ve reflejado en la factura, si hay alguna inquietud claro que se atiende.”<sup>37</sup>

180. Lo que tiene que ver con la excepción denominada “*Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas*”, prospera, pues ya se estudió la legalidad del pacto en el sentido de que TELEFONICA señale las comisiones y que no se presentó abuso en su ejercicio.
181. El hecho exceptivo denominado “*Incumplimiento del deber de mitigar el daño o impedir la propagación de sus efectos*”, en estricto sentido no tiene la naturaleza jurídica de excepción perentoria y si lo fuera no existe prueba que lo sustente de modo que en ese orden de ideas se niega.
182. Finalmente la excepción de “*Prescripción de las acciones rescisorias relacionadas con la invalidez, ineficacia y/o nulidad de diversas cláusulas del contrato de agencia mercantil C-761-06*”, que se sustenta invocando el artículo 900 del C. Co “*por corresponder a diversos acuerdos celebrados hace más de dos años*”, está llamada al fracaso debido a que la pretensión no está centrada en que el negocio jurídico haya sido celebrado por un relativamente incapaz o que exista vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo, sino sobre el supuesto de abuso de unas cláusulas del contrato que taxativamente se mencionan, respecto de las cuales, además, el Tribunal no halló estructurada ninguna circunstancia que permitiera, así fuera de manera parcial, declarar alguna de ella, de ahí que esta excepción se niega.

183. La parte resolutive del laudo aludirá a lo señalado en precedencia.

#### **H. Costas**

184. Las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*”.<sup>38</sup>

185. Al respecto, el artículo 392 (6) del C.P.C. señala que “*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*”

186. En el presente asunto, las pretensiones de la demanda prosperaron en monto significativamente menor a lo solicitado, circunstancia que lleva al Tribunal, en ejercicio de la facultad que le confiere el citado artículo 392 del C.P.C. “*a abstenerse de condenar en costas*” y resolver que cada parte debe asumir aquellas en las que incurrió.

---

<sup>38</sup>

Art. 2° del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.



### **CAPITULO III – DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

En mérito de las consideraciones precedentes, el Tribunal Arbitral conformado para resolver en derecho las controversias surgidas entre **TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA**, como parte demandante, y **TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.**, como parte demandada, mediante el voto unánime de sus miembros habilitados por las partes para hacerlo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.** Declarar que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. no ha cancelado en forma completa y oportuna la prestación del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio o *cesantía comercial*, causada a favor de TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA a la terminación de la relación contractual.

**SEGUNDO.** Negar la declaración de que para la liquidación de la prestación retributiva a que se refiere la anterior pretensión, deben incluirse en la base de liquidación de la misma, las sumas de dinero descontadas por TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. por concepto de fraudes o penalizaciones.

**TERCERO.** Negar la declaración referente a que para la liquidación de la prestación retributiva a que se refiere la pretensión primera de la § 1.1 de las pretensiones declarativas, deben incluirse en la base de liquidación de la misma las utilidades o sumas de dinero recibidas por TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA por concepto de comisiones causadas y dejadas de pagar a la terminación de la relación contractual.

**CUARTO.** Negar la declaración atinente a que para la liquidación de la prestación retributiva a que se refiere la pretensión primera de la § 1.1 de las pretensiones declarativas, deben incluirse en la base de liquidación de la misma las sumas de dinero por concepto de las comisiones que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A hubiera pagado a TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA hasta el 1° de octubre de 2010.

**QUINTO.** Declarar que el contrato suscrito entre las partes, vigente a partir del 1° de octubre de 2006 y distinguido con el número C- 0761-06, fue contrato por adhesión predispuesto por TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.

**SEXTO.** Declarar que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. era la única empresa operadora de telefonía móvil celular a la cual TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA podía prestar sus servicios como agente, para las actividades de promoción del servicio de telefonía móvil celular y productos accesorios.

**SEPTIMO.** Declarar que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A ostentaba posición dominante contractual frente a TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA.

**OCTAVO.** Negar la pretensión de declarar que son abusivas o están afectadas por nulidad absoluta, invalidez o ineficacia las cinco cláusulas que corresponden a los literales (a) a (e) de la cuarta pretensión de la § 1.2 de las pretensiones declarativas.

**NOVENO.** Negar la pretensión de declarar que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A abusó de su facultad contractual de modificar las comisiones.

**DECIMO.** Declarar que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. abusó de su facultad contractual en lo atinente al descuento a TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA del 130% del valor de los teléfonos cuando aplicó sus políticas de fraudes y penalizaciones.

**DECIMO PRIMERO.** Negar la declaración pedida en la pretensión séptima de la § 1.2 de las pretensiones declarativas en el sentido de que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. incurrió en abuso de posición dominante contractual.

**DÉCIMO SEGUNDO.** Negar la declaración a que refiere la pretensión primera de la § 1.3 de las pretensiones declarativas en el sentido de que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. incurrió en grave incumplimiento tanto de sus obligaciones contractuales, como de sus obligaciones legales, por no estar demostradas las conductas reseñadas en los literales (a) a (i) de la citada pretensión, salvo lo que concierne a los descuentos por el 130% del valor de los teléfonos y el saldo de la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio (literales (b) e (i)).

**DÉCIMO TERCERO.** Negar la declaración de que TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA tuvo una justa causa para dar por terminado unilateralmente el Contrato de Agencia Comercial C- 0761-06 y, en consecuencia, negar todas las pretensiones de condena basadas en esta declaración en lo que atañe con perjuicios por daño emergente, lucro cesante, aplicación de la cláusula penal, terminación anticipada de dicho contrato y pago de la prestación de que trata el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

**DECIMO CUARTO.** Condenar a TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A. a pagarle a TELEFONIA CELULAR TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA las siguientes sumas:

- **\$ 32.860.788**, por concepto del saldo de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, correspondiente al periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2006 y el 19 de febrero de 2009.
- **\$ 103.227.582**, por concepto de reintegro de los descuentos indebidamente efectuados.

- **\$ 9.601.779**, por concepto de intereses de mora liquidados desde la fecha de notificación de la demanda (15 de abril de 2010) hasta la fecha de este laudo en relación con el saldo pendiente de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.
- **\$ 30.162.649**, por concepto de intereses de mora liquidados desde la fecha de notificación de la demanda (15 de abril de 2010) hasta la fecha de este laudo en relación con el reintegro de los descuentos indebidamente efectuados.

Los referidos intereses de mora se seguirán causando, liquidados a la máxima tasa permitida por la ley, a partir del 24 de agosto de 2011 y hasta el pago de las sumas base de ellos.

**DECIMO QUINTO.** Estar a lo señalado en la parte motiva de este laudo con relación a las excepciones perentorias formuladas por TELEFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A.

**DECIMO SEXTO.** Declarar que por las razones aducidas en la parte motiva de este laudo no se impone condena en costas.

**DECIMO SEPTIMO.** Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago correspondiente en poder del Presidente del Tribunal.

**DECIMO OCTAVO.** Proceder por la Presidencia del Tribunal a elaborar y presentarle a las partes, una vez protocolizado el expediente del proceso, la cuenta final de gastos, efectuando la restitución de las sumas remanentes, si a ello hubiere lugar.

**DECIMO NOVENO.** Disponer que una vez quede en firme este laudo se protocolice el expediente en la Notaria 16 del Círculo de Bogotá, advirtiéndole que en caso de que el rubro previsto para la protocolización no sea suficiente, deberán las partes pagar la suma que sea necesaria para ello.

**VIGESIMO.** Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y copia para el archivo del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El laudo queda notificado en estrados.

**Nicolás Gamboa Morales**  
**Arbitro**

**Hernán Fabio López Blanco**  
**Arbitro**

**Ricardo Vanegas Beltrán**  
**Presidente**

**Alejandra Vásquez Velandia**  
**Secretaria**